



UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA

Faculdade de Direito

Graduação em Direito

GIOVANA VIEIRA PORTO

**REPARAÇÃO DE DANOS POR CARTEL NO BRASIL:
O INSTITUTO DA CESSÃO DE CRÉDITO COMO ALTERNATIVA PARA MAIOR
EFETIVIDADE**

BRASÍLIA

2018

GIOVANA VIEIRA PORTO

**REPARAÇÃO DE DANOS POR CARTEL NO BRASIL:
O INSTITUTO DA CESSÃO DE CRÉDITO COMO ALTERNATIVA PARA MAIOR
EFETIVIDADE**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Faculdade de Direito, da Universidade de Brasília - UnB, como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Professor Paulo Burnier da Silveira

BRASÍLIA

2018

PP853 Porto, Giovana Vieira

Reparação de danos por cartel no Brasil: o instituto da cessão de crédito como alternativa para maior efetividade / Giovana Vieira Porto; orientador Paulo Burnier da Silveira. -- Brasília, 2018.

83 p.

Monografia (Graduação - Direito) -- Universidade de Brasília, 2018.

1. Cessão de Crédito Indenizatório. 2. Cartel. 3. Autoridade da Concorrência. 4. Contrato Aleatório. I. Silveira, Paulo Burnier da, oriente. II. Título.

GIOVANA VIEIRA PORTO

REPARAÇÃO DE DANOS POR CARTEL NO BRASIL:
O INSTITUTO DA CESSÃO DE CRÉDITO COMO ALTERNATIVA PARA MAIOR
EFETIVIDADE

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Faculdade de Direito, da Universidade de Brasília - UnB, como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Brasília, 28 de junho de 2018.

BANCA EXAMINADORA

PAULO BURNIER DA SILVEIRA - Orientador
Doutor

ANA FRAZÃO
Doutora

DANIEL COSTA CASELTA
Mestre

AGRADECIMENTOS

Esta monografia é fruto de algumas reflexões sobre o tema iniciadas em projeto de iniciação científica realizado na Universidade de Brasília, sob orientação do Professor Paulo Burnier da Silveira, a quem expresso meus sinceros agradecimentos e admiração pela orientação e pelo profissionalismo.

Agradeço ao Professor Eric Hadmann Jasper por ter estimulado os alunos a escreverem sobre o tema do presente trabalho, ainda em 2015, em uma aula sobre títulos de crédito na Universidade de Brasília; e por todas as discussões posteriores sobre o tema.

Agradeço aos Professores Pedro Franco e Marcus Flávio Horta Caldeira por todas as discussões e contribuições a respeito do tema do presente trabalho.

Agradeço ao Leonardo Peres da Rocha e Silva, ao Daniel Costa Rebello e ao José Rubens Battazza Iasbech por, gentilmente, terem me auxiliado na elaboração das referências bibliográficas.

Agradeço ao Daniel Costa Caselta, por, gentilmente, aceitar integrar a presente banca, bem como pelas sempre frutíferas discussões sobre o tema.

Meus sinceros agradecimentos à Professora Ana Frazão, exemplo de pessoa e de profissional, por ter me inserido no “mundo” do Direito da Concorrência e por, tão gentilmente, aceitar integrar a banca do presente trabalho.

Por fim, agradeço aos meus maiores apoiadores e incentivadores, Paulo Porto, Rosane Porto, Gabrielle Porto e Guilherme Maciel.

A Deus, toda glória.

RESUMO

Este trabalho objetiva identificar a viabilidade jurídica da cessão de crédito indenizatório por dano de cartel no Brasil, bem como os benefícios oriundos da celebração de tal negócio jurídico. Isso diante da necessidade de busca por soluções alternativas visando incentivar as ações privadas com pedido de indenização por dano de cartel no país, principalmente considerando os ônus existentes para que os supostos prejudicados por cartel pleiteiem, por si sós, a reparação patrimonial. Portanto, será analisado, primeiramente, o instituto da cessão de crédito indenizatório propriamente dito, com avaliação dos requisitos de validade e eficácia da cessão de crédito, da espécie de dano que pode ser cedida, da natureza jurídica do objeto do crédito indenizatório e a legitimidade ativa do cessionário. Em seguida, serão analisados os ônus impostos aos particulares no ajuizamento das ações com pedido indenizatório por dano de cartel, a partir da análise empírica das ações ajuizadas por particulares com pedido de indenização por dano de cartel. Por fim, serão analisados os principais benefícios da cessão de crédito indenizatório para o *private enforcement*.

Palavras-chave: Cartel; Indenização; Cessão de Crédito; Contrato Aleatório; Judiciário; Análise Quantitativa; Autoridade da Concorrência; Cade; Danos.

ABSTRACT

This essay aims at identifying the legal feasibility of the assignment of cartel damage claims in Brazil, as well as the benefits resulting from such agreement. This is due to the need for research on alternative solutions aiming at promoting the private enforcement in the country, mainly considering the existed burdens for the alleged victims of a cartel to file, by themselves, a lawsuit requesting the compensation for material damages. Therefore, this will be firstly analyzed the institute of the assignment of damage claims itself, with review on the requirement of validity and efficacy of the assignment, on the kind of damages that may be assigned, on the legal nature of the subject of the damage assignment and the legal standing of the assignee. Then, this will be analyzed the obstacles charged to the particulars regarding the filing of the lawsuit for cartel damages compensation, considering the empirical analysis of the lawsuits filed by particulars requesting for compensation for cartel damages. Finally, it will be analyzed the mainly benefits of the damages claim assignment to the private enforcement.

Keywords: Cartel; Compensation; Assignment; Aleatory contract; Judiciary Branch; Quantitative Analysis; Competition Authority; Cade; Damages.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO.....	8
2	O INSTRUMENTO DA CESSÃO DE CRÉDITO INDENIZATÓRIO.....	14
2.1	O ATO ILÍCITO COMO FONTE DA OBRIGAÇÃO DE INDENIZAR	14
2.2	A TRANSMISSIBILIDADE DO DIREITO À INDENIZAÇÃO POR DANO MATERIAL	24
2.3	O CRÉDITO INDENIZATÓRIO: NEGÓCIO JURÍDICO COMUTATIVO OU ALEATÓRIO?	31
2.4	A LEGITIMIDADE ATIVA PROCESSUAL DO CESSIONÁRIO	40
3	OS ÔNUS IMPOSTOS AOS PARTICULARES NA PERQUIRÇÃO JUDICIAL DA REPARAÇÃO DE DANOS NO BRASIL	45
3.1	A INCERTEZA ACERCA DO PRAZO PRESCRICIONAL.....	48
3.2	A IRRAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO	54
3.3	A IMPRECISÃO NA METODOLOGIA DE CÁLCULO DA INDENIZAÇÃO	57
3.4	O ÔNUS PROBATÓRIO: ASSIMETRIA DE INFORMAÇÕES	64
4	AS PROMISSORAS SOLUÇÕES ORIUNDAS DA CESSÃO DE CRÉDITO INDENIZATÓRIO	68
4.1	A REUNIÃO DE ELEMENTOS PROBATÓRIOS NA FIGURA DO CESSIONÁRIO	68
4.2	REPARAÇÃO INSTANTÂNEA DO DANO MATERIAL.....	71
5	CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	76
6	REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	78

1 INTRODUÇÃO

Em 3 de maio de 2006¹, a Comissão Europeia condenou 17 pessoas jurídicas² pela formação de cartel nos mercados de peróxido de hidrogênio e de perborato de sódio, aplicando multas que totalizaram aproximadamente €389 milhões às empresas. A suposta prática teria ocorrido no período de 31 de janeiro de 1994 a 31 de dezembro de 2000. A Comissão Europeia entendeu que a conduta teria produzido efeitos em todo o território da União Europeia. Por sua vez, o alegado cartel teria consistido, basicamente, na troca de informações comercial e concorrencialmente sensíveis, no controle de produção, na divisão de mercado e de clientes, e, por fim, na fixação de preços.

Posteriormente, em 16 de março de 2009, a empresa *Cartel Damage Claims* (“CDC”) ajuizou ação com pedido de reparação de danos perante o Tribunal Regional de Dortmund³, na Alemanha. A CDC requereu a condenação das empresas Evonik Degussa GmbH, Akzo Nobel NV, Solvay SA/NV, Kemira Oyj, Arkema France S.A. e FMC Foret S.A., condenadas pela Comissão Europeia pela prática supracitada, ao pagamento do valor de €220,5 milhões, acrescidos de correção monetária, a título indenizatório⁴. A CDC fundamentou o ajuizamento da ação na compra de direitos indenizatórios de 32 empresas, estabelecidas em treze Estados- Membros da União Europeia. Tais empresas atuavam no mercado de indústria de celulose e papel, sendo, conforme sustentado pela CDC, clientes diretas das empresas envolvidas no suposto cartel de peróxido de hidrogênio e de perborato de sódio.

Apesar de o processo ainda não possuir decisão definitiva no Tribunal Regional de Dortmund, a ação indenizatória ajuizada pela CDC, com base na cessão de crédito indenizatório, suscita os questionamentos (i) se tal cessão seria válida à luz do ordenamento jurídico brasileiro; e (ii) em sendo válida, se poderia ser utilizada como instrumento de maior efetividade para a perquirição cível da reparação de danos por cartel no Brasil.

¹ COMISSÃO EUROPEIA, COMP/F/C.38.620, julgado em 3 de maio de 2006, publicado em 13 de dezembro de 2006. Decisão disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?qid=1494849179440&uri=CELEX:32006D0903>>. Acesso em: 20 de janeiro de 2017.

² As empresas condenadas foram Akzo Nobel NV, Akzo Nobel Chemicals Holding AB, EKA Chemicals AB, Degussa AG - atualmente Evonik Degussa GmbH, Edison SpA; FMC Corporation, FMC Foret S.A., Kemira Oyj, L’ Air Liquide S.A., Chemoxal S.A., Snia SpA, Caffaro Srl, Solvay SA/NV, Solvay Solexis SpA, Total S.A., Elf Aquitaine S.A. e Arkema S.A.

³ Em alemão, *Landgericht Dortmund*.

⁴ CARTEL DAMAGE CLAIMS. Hydrogen Peroxide Cartel. Disponível em: <<https://www.carteldamageclaims.com/competition-law-damage-claims/hydrogen-peroxide-cartel/>>. Acesso em: 8 de novembro de 2016.

Como será adiante detalhado, tais indagações exteriorizam-se diante do cenário brasileiro de incipiência do *private enforcement* concorrencial, ou seja, das “ações privadas de reparação de danos”⁵, o que acarreta na necessária busca por alternativas visando a incentivá-lo.

Especificamente com relação à quantidade de ações ajuizadas com pedido de indenização por dano de cartel no Brasil, conforme pesquisa⁶ anteriormente realizada, foi identificado que, no período entre 1 de janeiro de 1995 a 31 de agosto de 2017, ou seja, em mais de 20 anos, foram ajuizadas 69 ações⁷. Para fins de coleta de dados, não foram catalogadas as ações de improbidade administrativa ajuizadas com pedido de ressarcimento integral do dano causado por cartel, principalmente considerando que este trabalho visa a analisar como, e se, os particulares supostamente prejudicados pela prática de cartel usam da prerrogativa que possuem de requerer, por via judicial, indenização pelo dano causado pela prática anticompetitiva. Como resultado da pesquisa, também foram identificados sentenças e acórdãos em que as expressões de busca apareciam em menções à jurisprudência, sendo que, no objeto de tais demandas, de acordo com as decisões, não continha o pedido de indenização por dano de cartel. Evidentemente, tais ações também não foram catalogadas para fins dessa pesquisa.

Além das ações que continham o pedido indenizatório por dano de cartel identificadas por meio da metodologia indicada acima, também foram catalogadas as ações mencionadas pelos juízes ou pelos desembargadores em suas decisões e que, porventura, não foram identificadas, inicialmente, como resultado da pesquisa jurisprudencial⁸. Por sua vez, também

⁵ DANTAS, Yane Pitangueira. A Arbitragem como Meio Alternativo na Resolução de Demandas Indenizatórias Decorrentes da Prática de Cartéis e a Minuta de Resolução do CADE submetida à Consulta Pública 05/2016. Revista de Defesa da Concorrência, vol. 5, nº 1, maio de 2017, p. 231-246. Disponível em: <<http://revista.cade.gov.br/index.php/revistadedefesadaconcorrencia/article/view/321>>. Acesso em 27 de julho de 2017.

⁶ A identificação dos processos foi feita pela utilização dos termos “cartel E indenização”, “cartel E reparação” e “cartel E responsabilidade” no campo de pesquisa de jurisprudência dos sítios eletrônicos de todos os 27 Tribunais de Justiça e de todos os cinco Tribunais Regionais Federais brasileiros. A pesquisa pelas ações ajuizadas com pedido de reparação por danos de cartel também incluiu a busca pelas expressões “cartel E indenização”, “cartel E reparação” e “cartel E responsabilidade” nos campos de pesquisa de sentença e demais decisões de primeiro grau, sempre que disponíveis. Isso considerando que a ferramenta de pesquisa por sentenças e atos decisórios de primeiro grau está disponível nos sítios eletrônicos do Tribunal de Justiça de Goiás (“TJGO”) e do Tribunal de Justiça de Minas Gerais (“TJMG”). PORTO, Giovana Vieira (no prelo). As ações ajuizadas com pedido de indenização por dano de cartel: uma análise empírica do estado da arte no Brasil. Revista do IBRAC, 2018.

⁷ Há de se notar que, inicialmente, foram identificadas 95 ações com pedido de indenização por dano de cartel. No entanto, apurou-se que o Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul (“MPRS”) ajuizou, nos supostos casos de cartel no mercado de combustíveis nos municípios de Encantado e Caxias do Sul, no Estado do Rio Grande do Sul, uma ação individual com pedido de condenação de cada pessoa jurídica e/ou física envolvida nos supostos cartéis à reparação dos danos supostamente causados. Diante disso, considerou-se que o MPRS ajuizou uma única ação para o suposto cartel em Encantado e uma única para o de Caxias do Sul. Assim, a quantidade de ações efetivamente identificadas foi reduzida de 95 para 69 (PORTO, op. cit., no prelo).

⁸ PORTO, op. cit., no prelo.

foram catalogados eventuais processos que tramitam em segredo de justiça, mas que foram expressamente mencionados em acórdãos ou em decisões monocráticas como ações com pedido de indenização por dano de cartel.

Apesar de o número de processos identificados parecer expressivo, as ações com pedido indenizatório embasaram-se, como um todo, em apenas 41 casos diferentes de cartéis identificados, pelas partes, como ato ilícito apto a gerar o respectivo dano. Apenas vinte das alegadas práticas de cartel foram apuradas pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (“Cade”), quer por meio de Averiguação Preliminar, de Inquérito Administrativo ou de Processo Administrativo, independentemente de condenação ou arquivamento do processo. Comparativamente, apesar de em período significativamente menor, ou seja, desde a entrada em vigor da Lei nº 12.529/2011, também conhecida como Lei do Cade, o Superintendente- Geral do Cade, Alexandre Cordeiro Macedo, identificou 116 casos de cartel analisados pela autarquia⁹. Portanto, conclui-se que, as ações com pedido de reparação por dano de cartel foram ajuizadas em pequena quantidade no Brasil, principalmente em razão dos ônus relacionados, como se verá adiante.

A necessidade de desenvolvimento do *private enforcement* no Brasil não é, evidentemente, baseada apenas na pequena quantidade de ações ajuizadas. A doutrina também tem se dedicado ao estudo dos benefícios do desenvolvimento do *private enforcement* no Brasil.

Nesse sentido, André Marques Francisco (2014) sustenta que o *enforcement* privado tem o condão de gerar eficiências sociais. Tais eficiências, segundo o autor, seriam motivadas pelo fato de as ações com pedido de indenização por danos concorrenciais terem capacidade de acarretar (i) a cessação do ato ilícito¹⁰; bem como (ii) “a formação de uma cultura da concorrência”¹¹ no Brasil, “ao aproximar o direito da concorrência não apenas das empresas de pequeno porte, mas também dos consumidores”¹². Por fim, outro benefício listado pelo autor seria (iii) a reparação direta “das vítimas prejudicadas pela infração, para ver compensado os prejuízos sofridos”¹³.

Daniel Costa Casalta (2016), no mesmo sentido, entende que as ações com pedido de indenização por dano de cartel podem acarretar benefícios. O autor indica, por exemplo, além

⁹ MACEDO, Alexandre Cordeiro. Multa esperada, TCC e segurança jurídica. JOTA, 27 de junho de 2017. Disponível em: < https://jota.info/colunas/doutrina-antitruste/multa-esperada-tcc-e-seguranca-juridica-27062017#_edn4 >. Acesso em: 26 de outubro de 2017.

¹⁰ FRANCISCO, André Marques. Responsabilidade civil por infração da ordem econômica. Dissertação de Mestrado. Universidade de São Paulo. São Paulo, 2014, p. 48-49.

¹¹ FRANCISCO, op. cit., p. 49.

¹² FRANCISCO, op. cit., p. 49.

¹³ FRANCISCO, op. cit., p. 50.

da reparação dos danos, a dissuasão da prática de cartel, considerando (i) o aumento da probabilidade de detecção da prática; (ii) a “divisão de tarefas entre os particulares e as autoridades de defesa da concorrência”; e (iii) o aumento da “sanção jurídica esperada”, em razão das potenciais sanções administrativas e criminais acumuladas com a reparação do dano¹⁴. Destaca-se que, apesar de afirmar a existência do efeito da responsabilidade civil em dissuadir a prática de cartel, Daniel Costa Caselta (2016) entende que tal função “é tarefa precípua do sistema de controle de condutas a cargo do CADE e das autoridades criminais”¹⁵.

Os benefícios do desenvolvimento do *private enforcement* no Brasil estão intrinsecamente relacionados às funções da responsabilidade civil. Indiscutivelmente, uma das funções é a própria reparação do dano sofrido pela possível vítima do cartel. Daniel Costa Caselta (2016) sustenta, nesse sentido, que são as ações indenizatórias, e não as multas e penas de prisão, que permitem a realização dessa função¹⁶.

Além da função de reparação do dano, ainda há parte da doutrina que defende a existência da função punitiva da responsabilidade civil, que teria o objetivo de punir a violação à livre concorrência e/ou o abuso do poder econômico. Bruno Oliveira Maggi (2010) sustenta que a função punitiva “visa dar efetividade à reparação e evitar que novas infrações ocorram em desrespeito às normas civis”, podendo tanto ocorrer na esfera dos danos morais quanto nos patrimoniais¹⁷. Destaca-se que, quanto à função punitiva, não se está a tratar especificamente de majoração do montante indenizatório para fins de reparar o dano material, mas em consequências indiretas, tais como a própria “imputação de uma culpa moral” ao causador do dano¹⁸.

Também é importante notar que, apesar de o artigo 944 da Lei nº 10.406/2002 (“Código Civil”) dispor que “a indenização mede-se pela extensão do dano”, o Enunciado nº 379, aprovado na IV Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal, prevê que a função punitiva da responsabilidade civil não é contrária ao ordenamento jurídico brasileiro. Nesse sentido, o Enunciado dispõe que “o art. 944, caput, do Código Civil não afasta a possibilidade de se reconhecer a função punitiva ou pedagógica da responsabilidade civil”.

O Enunciado não faz menção apenas à função punitiva, mas também à função pedagógica da responsabilidade civil, que contribui para desincentivar a prática de ilícitos

¹⁴ CASELTA, Daniel Costa. Responsabilidade civil por danos decorrentes da prática de cartel. São Paulo: Singular, 2016, p. 73.

¹⁵ CASELTA, op. cit., p. 74.

¹⁶ CASELTA, op. cit., p. 69.

¹⁷ MAGGI, Bruno Oliveira. O Cartel e seus Efeitos no Âmbito da Responsabilidade Civil, Dissertação de Mestrado, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2010, p. 195-196.

¹⁸ MAGGI, op. cit., p. 180.

anticoncorrencias. Quanto à função pedagógica, Ana Frazão (2011) entende ser uma das funções da responsabilidade civil na atualidade “cuja dimensão social é evidente, já que ultrapassa a relação entre o causador do dano e a vítima que requer a indenização”¹⁹.

A realização das funções da responsabilidade civil é viável no Brasil, considerando que a própria Constituição Federal tutela a reparabilidade de danos, sejam patrimoniais – definidos por Bruno Oliveira Maggi (2010) como os danos que geram lesão aos bens patrimoniais da vítima²⁰; sejam morais ou extrapatrimoniais, nos termos do artigo 5, incisos X e XLV da Constituição Federal.

A Constituição Federal também tutela a reparabilidade de danos em seu Título VII, por sua vez, na seara econômica. Nesse sentido, o §5º do artigo 173 determina que seja editada lei a fim de estabelecer a responsabilidade tanto da pessoa jurídica quanto de seus dirigentes, individualmente, por atos praticados em desconformidade com a ordem econômica, financeira e com a economia popular.

Ademais, o §4º do mesmo artigo prevê a criação de lei para reprimir o “abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros”. Diante disso, diferentemente de outras leis que a Constituição Federal determinou que fossem criadas, mas não o foram²¹, foi editada a Lei nº 12.529/2011 para cumprir, também, os supracitados dispositivos constitucionais. Não obstante, também há o Código Civil, que delinea os requisitos gerais da reparação civil, como se verá mais detalhadamente ao longo do trabalho.

No entanto, como também será abordado posteriormente, os ônus para os supostamente prejudicados pela prática cartel ajuizarem ação com pedido de indenização são elevados e, conseqüentemente, tornam-se obstáculos para a busca da reparação de dano perante o Poder Judiciário. É exatamente nesse contexto que a cessão do crédito indenizatório se mostra um instrumento apto a fomentar as ações indenizatórias por dano de cartel no Brasil.

Assim, com o intuito de identificar a viabilidade e os benefícios da cessão de crédito indenizatório no Brasil, será analisado, no primeiro capítulo, o instituto da cessão de crédito propriamente dito. Também será examinado o ato ilícito de cartel e sua configuração como fonte da obrigação de indenizar. No mesmo capítulo, ainda, será avaliada a espécie de dano que pode ser cedida à luz do ordenamento jurídico brasileiro. No capítulo, por fim, far-se-á algumas

¹⁹ FRAZÃO, Ana. Pressupostos da responsabilidade civil na atualidade: um exame a partir do direito comparado. Revista do Tribunal Superior do Trabalho, vol. 77, n. 4, out/dez 2011, p. 17-43, p. 36.

²⁰ MAGGI, op. cit., p. 147.

²¹ O artigo 37, inciso VII, da Constituição Federal, por exemplo, dispõe que o direito de greve dos servidores públicos seria regulado por lei específica, que até o momento, não foi editada.

considerações acerca da natureza jurídica do objeto da cessão de crédito indenizatório e da legitimidade ativa do cessionário do crédito no ajuizamento de ação com pedido indenizatório por dano de cartel.

Por sua vez, no segundo capítulo, serão abordados, especificamente, os principais desafios enfrentados pelos particulares antes do ajuizamento e no curso do andamento processual das ações com pedido indenizatório por dano de cartel, tais como questões atinentes ao prazo prescricional, à duração do processo e à imprecisão na metodologia de cálculo de danos.

Por fim, no terceiro capítulo, serão analisadas as possíveis vantagens advindas da cessão de crédito indenizatório aptas a conferirem maior efetividade para a reparação de danos de cartel no Brasil, tais como a possibilidade de centralização de elementos probatórios na figura do cessionário do crédito e a rápida reparação de danos das possíveis vítimas de cartel.

Destaca-se que este trabalho não visa exaurir as discussões acerca da cessão de crédito indenizatório no Brasil, mas tão somente contribuir para tais debates. Este trabalho também visa complementar três artigos anteriores sobre o tema “A cessão de crédito devido por ressarcimento ao dano material oriundo de cartel: um novo *business*?”²², “As ações ajuizadas com pedido de indenização por dano de cartel: uma análise empírica do estado da arte no Brasil”²³ e “A valoração da prova da existência de cartel: uma análise empírica das procedências ao pedido indenizatório”²⁴, sendo o último escrito em coautoria com José Alexandre Buaiz Neto. Destaca-se que eventuais reproduções de trechos de tais artigos apenas visam, na medida do necessário, a complementar as ideias desenvolvidas no presente trabalho.

²² PORTO, Giovana Vieira. A cessão de crédito devido por ressarcimento ao dano material oriundo de cartel: um novo *business*? Revista de Defesa da Concorrência. vol. 5. n. 2, 2017, p. 131-162.

²³ PORTO, op. cit., no prelo.

²⁴ BUAIZ NETO, José Alexandre; PORTO, Giovana Vieira (no prelo). A valoração da prova da existência de cartel: uma análise empírica das procedências ao pedido indenizatório. Direito concorrencial: avanços e perspectivas. Livro 1. Coordenação de João Grandino Rodas. 1. ed. Curitiba: Editora Prismas, 2018b.

2 O INSTRUMENTO DA CESSÃO DE CRÉDITO INDENIZATÓRIO

2.1 O ATO ILÍCITO COMO FONTE DA OBRIGAÇÃO DE INDENIZAR

Com o intuito de realizar a análise do instituto da cessão de crédito indenizatório neste trabalho, é necessário, primeiramente, conceituar a cessão de crédito, regulamentada nos artigos 286 a 298 do Código Civil. Além disso, é necessário traçar algumas considerações sobre uma das fontes da obrigação de indenizar: o ato ilícito.

Doutrinariamente, a cessão de crédito é conceituada de formas semelhantes, ou seja, (i) constitui um negócio jurídico bilateral; no qual haveria (ii) a transferência do crédito, ou seja, de um direito; por meio (iii) da transferência da posição patrimonial ou da posição na relação obrigacional; (iv) sem necessidade de consentimento da outra parte, no caso, o devedor.

Especificamente, Maria Helena Diniz (2010) conceitua a cessão de crédito como a transferência da “posição na relação obrigacional, com todos os acessórios e garantias, salvo disposição em contrário, sem que se opere a extinção do vínculo obrigacional”²⁵. A autora ressalta a possibilidade de a cessão poder se dar de forma gratuita ou onerosa, além de definir o cedente como “o credor de uma obrigação”, o cessionário como o terceiro a quem o crédito é transferido, e o cedido como o devedor²⁶.

Por sua vez, Sílvio de Salvo Venosa (2013) destaca que “a cessão de crédito enfoca a substituição, por ato entre vivos, da figura do credor”²⁷. A cessão seria, portanto, um negócio jurídico no qual o “credor transfere a um terceiro o seu direito”, sendo o cedente “aquele que aliena o direito” e o cessionário, aquele que adquire tal direito²⁸. O cedido, portanto, seria “o devedor, a quem incumbe cumprir a obrigação”²⁹. Sílvio de Salvo Venosa (2013) também ressalta que “o crédito, contido na obrigação, trata-se de um valor no patrimônio do devedor, um valor ativo”³⁰.

²⁵ DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro, volume 2: teoria geral das obrigações. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 457.

²⁶ DINIZ, op. cit., 2010, p. 457.

²⁷ VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 139.

²⁸ VENOSA, op. cit., p. 140.

²⁹ VENOSA, op. cit., p. 140.

³⁰ VENOSA, op. cit., p. 140.

Carlos Roberto Gonçalves (2012) também dedica parte de sua obra ao estudo da cessão de crédito. Para o autor, a cessão de crédito se caracteriza por um “negócio jurídico bilateral, pelo qual o credor transfere a outrem seus direitos na relação obrigacional”³¹. O cedente seria “o credor que transfere seus direitos”; o cessionário, “o terceiro a quem são eles transmitidos”; e, por fim, o cedido é o devedor³².

Finalmente, Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (2015) conceituam a cessão de crédito como “negócio jurídico bilateral pelo qual o credor transfere a terceiro a sua posição patrimonial na relação obrigacional”³³. Os autores destacam que não há a criação de “uma nova situação jurídica”³⁴. Além disso, Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (2015) entendem que a cessão de crédito “não mais se restringe ao direito das obrigações ou ao direito empresarial (por meio do direito civil), pois constitui eixo operativo do desenvolvimento econômico”, possibilitando a antecipação de receitas futuras³⁵.

De fato, a antecipação de receitas futuras trata-se do cerne da cessão onerosa de crédito indenizatório. Isso considerando que a cessão de crédito indenizatório constitui negócio jurídico, no qual há transferência, pelo credor – potencial vítima de cartel – ao cessionário, do direito indenizatório pelos danos sofridos em decorrência do ato ilícito de cartel.

Evidentemente, o direito à indenização decorrente de danos causados por ato ilícito não necessita estar previsto em contrato *inter partes*, ou seja, entre, por exemplo, a vítima de um cartel e um participante de cartel, isso porque o ato ilícito enseja a obrigação de reparar o dano, por expressa previsão legal. Nesse sentido, o artigo 927 do Código Civil prevê, expressamente, que é obrigado a reparar o dano “aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem”. Ademais, como mencionado, a própria Constituição Federal tutela a reparabilidade de danos, no artigo 5, incisos X e XLV, e no artigo 173, §5º.

Além disso, a doutrina também entende que, de fato, o ato ilícito é uma das fontes da obrigação de indenizar. Nesse sentido, Sergio Cavalieri Filho (2007) afirma que o ato ilícito é “gerador da responsabilidade civil”³⁶. Para o autor, o ato ilícito pode ser analisado com duplo sentido. O primeiro seria o sentido estrito, como “conjunto de pressupostos da

³¹ GONÇALVES, Carlos Roberto. Responsabilidade Civil. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 216.

³² GONÇALVES, op. cit., p. 216.

³³ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Curso de direito civil. vol.2. 9. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2015, p. 310.

³⁴ FARIAS; ROSENVALD, op. cit., p. 310.

³⁵ FARIAS; ROSENVALD, op. cit., p. 310.

³⁶ CAVALIERI FILHO, Sergio. Programa de responsabilidade civil. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 7.

responsabilidade – ou, se preferirmos, da obrigação de indenizar”³⁷. O segundo seria o sentido amplo, no qual “o ato ilícito indica apenas a ilicitude do ato”³⁸.

Destaca-se que, para Sergio Cavalieri Filho (2007), a ilicitude possui um aspecto objetivo, “conduta contrária à norma jurídica”; e um aspecto subjetivo, “decorre da vontade do agente”³⁹. Nesse sentido, entende que o Código Civil “assumiu em relação ao ato ilícito esta postura dicotômica”, na medida em que, no artigo 927 do Código Civil, há previsão da responsabilidade subjetiva em cujo conceito está intrínseco o elemento da culpa. No parágrafo único do mesmo artigo, contudo, “há outras situações igualmente geradoras da obrigação de indenizar *independentemente de culpa*”⁴⁰.

Ainda segundo Sergio Cavalieri Filho (2007), tal dicotomia também estaria presente na redação dos artigos 186⁴¹ e 187⁴² do Código Civil. Isso porque o artigo 186 prevê o ato ilícito em sentido estrito, considerando o elemento da culpa para a sua configuração; enquanto que o artigo 187 do Código Civil ignora o elemento da culpa como pressuposto para a configuração do ato ilícito. Para o autor, o artigo 187 do Código Civil dispõe acerca de outros pressupostos para a configuração do ato ilícito, tais como “os limites impostos pela boa-fé, bons costumes e o fim econômico e social do Direito”⁴³. Tais pressupostos representariam “valores éticos - sociais” e não a culpa⁴⁴.

Ana Frazão (2011) também entende que a culpa não trata especificamente de “psicologismo”. Na verdade, o conceito de culpa, segundo a autora passou pelo fenômeno de “objetivação” ou “normatização”, a partir da doutrina francesa. Isso possibilitou que a tendência seja de que a culpa passe a ser analisada pelos “parâmetros da previsibilidade, cognoscibilidade e evitabilidade”, em vez da análise do “psicologismo”⁴⁵.

Maria Helena Diniz (2011), por sua vez, ao analisar o artigo 186 do Código Civil, entende que “estabelece esse diploma legal o ilícito como fonte da obrigação de indenizar danos causados à vítima. Logo, a lei impõe a quem o praticar o dever de reparar o prejuízo

³⁷ CAVALIERI FILHO, op. cit., p. 10.

³⁸ CAVALIERI FILHO, op. cit., p. 10.

³⁹ CAVALIERI FILHO, op. cit., p. 9.

⁴⁰ CAVALIERI FILHO, op. cit., p. 11.

⁴¹ “Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.”

⁴² “Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.”

⁴³ CAVALIERI FILHO, op. cit., p. 11.

⁴⁴ CAVALIERI FILHO, op. cit., p. 11.

⁴⁵ FRAZÃO, op. cit., p. 32–33.

resultante”⁴⁶. Para a autora, a culpa configura o ato ilícito e se caracteriza pela “imputação do resultado à consciência do agente”⁴⁷. Além da culpa, o ato ilícito também seria composto pela “infração de um dever preexistente”⁴⁸. Portanto, para a autora, é necessário o conhecimento da ilicitude da conduta, pelo agente, para que seja configurado o ato ilícito. No entanto, a autora entende que há hipóteses de responsabilidade sem culpa, porque “imposta por *lei*”⁴⁹.

Carlos Roberto Gonçalves (2012) também possui entendimento no sentido de que o ato ilícito gera a obrigação de indenizar. Nesse sentido, o autor sustenta que a “responsabilidade civil é parte integrante do direito obrigacional”⁵⁰. Mais especificamente, argumenta que “a principal consequência da prática de um ato ilícito é a obrigação que acarreta, para o seu autor, de reparar o dano”⁵¹. Nesse sentido, a obrigação de reparar o dano possui natureza pessoal, “que se resolve em perdas e danos”⁵².

Para Carlos Roberto Gonçalves (2012), ainda, os atos ilícitos que originam a obrigação de indenizar se constituem “por meio de ações ou omissões culposas ou dolosas do agente, praticadas com infração a um dever de conduta”⁵³. De tais ações ou omissões culposas ou dolosas que resultam danos para terceiros surge a obrigação de indenizar⁵⁴.

Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (2015), no mesmo sentido, sustentam que o ato ilícito é uma das fontes da responsabilidade civil. Isso considerando que, “em sociedade, a convivência exige de todos nós um dever negativo de não causar danos à esfera jurídica de terceiros”⁵⁵. Os autores ainda destacam que “se o dano puder ser imputado a uma pessoa ou a um responsável, o ordenamento não admitirá como razoável que a vítima tenha de suportar a lesão”⁵⁶. Dessa forma, a obrigação de indenizar surgiria, com a respectiva “prestação de indenização do equivalente pecuniário”⁵⁷.

Especificamente em relação ao ato ilícito concorrencial, Bruno Oliveira Maggi (2010) argumenta que o ato ilícito – mais precisamente o de cartel – se configura na “violação da norma jurídica”⁵⁸. Livia Cristina Lavandeira Gândara de Carvalho (2011) também entende que o ato

⁴⁶ DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro, volume 7: responsabilidade civil. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 57.

⁴⁷ DINIZ, op. cit., 2011, p. 57.

⁴⁸ DINIZ, op. cit., 2011, p. 57.

⁴⁹ DINIZ, op. cit., 2011, p. 68.

⁵⁰ GONÇALVES, op. cit., p. 45.

⁵¹ GONÇALVES, op. cit., p. 45.

⁵² GONÇALVES, op. cit., p. 45.

⁵³ GONÇALVES, op. cit., p. 46.

⁵⁴ GONÇALVES, op. cit., p. 46.

⁵⁵ CHAVES; ROSENVALD, op. cit., p. 94.

⁵⁶ CHAVES; ROSENVALD, op. cit., p. 94.

⁵⁷ CHAVES; ROSENVALD, op. cit., p. 94.

⁵⁸ MAGGI, op. cit., p. 123.

ilícito civil se caracteriza pela violação da norma, no entanto, destaca que, para que esteja configurado, é necessária a ocorrência concomitante de dano⁵⁹. A autora sustenta que o ato ilícito para fins de responsabilização civil é diferente do ilícito administrativo concorrencial. Nesse sentido, Lívia Cristina Lavandeira Gândara de Carvalho (2011) afirma que, com base nos artigos 186 e 927 do Código Civil, o ato ilícito civil é caracterizado pela antijuridicidade e pelo dano. O ilícito administrativo concorrencial, por sua vez, não exige a configuração do dano, segundo a autora, sendo “configurado pela simples violação aos dispositivos da Lei 8.884/94”, antiga Lei do Cade⁶⁰.

Considerando a diferença entre conceituação do ato ilícito concorrencial para fins de responsabilidade civil e para fins de responsabilidade administrativa, este trabalho usará a expressão “ato ilícito concorrencial” para se referir ao ato ilícito concorrencial para fins de responsabilidade civil.

O ato ilícito concorrencial, para Tercio Sampaio Ferraz Júnior (2013), configura-se, por sua vez, pelo abuso do direito, na medida em que conjuga a prática, ainda que lícita, com o efeito ou a com potencialidade de gerar um efeito lesivo à concorrência, independentemente de culpa ou dolo⁶¹. Isso porque, ao analisar o artigo 173, §4º, da Constituição Federal, Tercio Sampaio Ferraz Júnior (2013) conclui que é possível que um ato que obedeça “aos limites da lei” possa violar “princípios de finalidade econômica da instituição social do mercado, produzindo um desequilíbrio entre o interesse individual e o da coletividade”⁶².

Com relação ao ato ilícito concorrencial, Daniel Costa Caselta (2016) também destaca que a doutrina brasileira não é unânime quanto ao seu conceito. Isso porque, alguns entendem que é suficiente a “violação direta ao ordenamento jurídico (como conceituado no art. 186 do Código Civil)” para a configuração do ato ilícito concorrencial. Por sua vez, outra parte da doutrina entende, com fulcro no artigo 187 do Código Civil, que o ato ilícito concorrencial pode ser configurado como “prática caracterizada pelo abuso de direito”⁶³. Apesar da existência de tal diferenciação no entendimento doutrinário, o autor destaca que “o ato ilícito constitui elemento essencial da responsabilidade civil”, vez que é necessária a violação ao dever jurídico ou abuso de direito, ainda que tenha ocorrido dano, para que haja o dever de indenizar⁶⁴.

⁵⁹ CARVALHO, Lívia Cristina Lavandeira Gândara de. Responsabilidade civil concorrencial: a busca pela efetiva reparação de danos. Monografia. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2011, p. 13.

⁶⁰ CARVALHO, op. cit., p.13.

⁶¹ FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. Direito da Concorrência e *Enforcement* Privado na Legislação Brasileira. Revista de Defesa da Concorrência, n. 2, nov. 2013, p. 11-31, p. 14.

⁶² FERRAZ JÚNIOR, op. cit., p. 14.

⁶³ CASELTA, op. cit., p. 119-120.

⁶⁴ CASELTA, op. cit., p. 118-119.

Fato é que, no presente trabalho, o ato ilícito concorrencial analisado é a prática de cartel, prática que configura ato ilícito à luz da legislação concorrencial brasileira. Apesar das diferenças de conceituação do ato ilícito concorrencial para fins de responsabilidade civil e de responsabilidade administrativa, recorre-se à conceituação de cartel elaborada pela legislação e pela doutrina concorrencial, visando a melhor elucidação da prática e de seus requisitos.

Primeiramente, no âmbito da legislação internacional, destaca-se a Recomendação da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (“OCDE”) acerca de cartéis clássicos, ou seja, a “*Recommendation of the Council concerning effective action against hard core cartels*”⁶⁵. Segundo a Recomendação, um cartel clássico é identificado pela existência de acordo, prática concertada ou arranjo anticompetitivo entre concorrentes, para fixação de preços, por exemplo. Abaixo, segue o inteiro teor do item da Recomendação sobre cartéis clássicos. Destaca-se que a tradução usada é a preparada por Caio Mário da Silva Pereira Neto e Paulo Leonardo Casagrande (2016)⁶⁶:

“Um cartel clássico é um acordo anticompetitivo, uma prática concertada anticompetitiva ou um arranjo anticompetitivo entre competidores para determinar preços, fraudar licitações (conluio em licitações), estabelecer cotas ou outras restrições à produção, ou compartilhar ou dividir mercados mediante a alocação de consumidores, fornecedores, territórios ou linhas de comércio.”⁶⁷

Além da Recomendação da OCDE, a União Europeia também define a prática de cartel em recente legislação sobre o tema, a Diretiva 2014/104/UE relativa a certas regras que regem as ações de indemnização no âmbito do direito nacional por infração às disposições do direito da concorrência dos Estados-Membros e da União Europeia. Segundo tal Diretiva, o ato ilícito de cartel configura um acordo ou prática concertada entre concorrentes, nos seguintes termos:

“14) «Cartel», um acordo ou prática concertada entre dois ou mais concorrentes com o objetivo de coordenar o seu comportamento concorrencial no mercado ou influenciar os parâmetros relevantes da concorrência, através de práticas tais como, entre outras, fixar ou coordenar os preços de aquisição ou de venda ou outras condições de transação, inclusive em relação aos direitos de propriedade intelectual, atribuir quotas de produção ou de venda, repartir mercados e clientes, incluindo a

⁶⁵ ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. Recommendation of the Council concerning effective action against hard core cartels. 1998. Disponível em: < <https://www.oecd.org/daf/competition/2350130.pdf> >. Acesso em 6 de junho de 2018.

⁶⁶ CASAGRANDE, Paulo Leonardo; PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva. Direito concorrencial. Coordenador Fernando Herren Aguillar. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 109.

⁶⁷ No original: “a) A “hard core cartel” is an anticompetitive agreement, anticompetitive concerted practice, or anticompetitive arrangement by competitors to fix prices, make rigged bids (collusive tenders), establish output restrictions or quotas, or share or divide markets by allocating customers, suppliers, territories, or lines of commerce;”.

concertação em leilões e concursos públicos, restringir as importações ou exportações ou conduzir ações anticoncorrenciais contra outros concorrentes;”

A Lei do Cade, no entanto, não define a prática de cartel. Nesse sentido, Bruno Oliveira Maggi (2010) destaca que a definição de cartel também não possuía previsão específica na antiga Lei do Cade, Lei nº 8.884/1994, mas que “todos os elementos necessários para a formulação do conceito de cartel” estavam contidos nos artigos 20 e 21⁶⁸. Ana Frazão (2017), no mesmo sentido, entende pela inexistência de determinação terminológica na Lei do Cade, assim como ocorria na Lei nº 8.884/1994. A autora afirma que a Lei do Cade deixa “a cargo da autoridade antitruste a função de densificar as condições necessárias para a configuração do ilícito concorrencial”⁶⁹.

Apesar de não prevista em lei, a definição de cartel consta, por exemplo, no Anexo I da Resolução nº 20 do Cade, de 9 de junho de 1999, de caráter recomendatório. A Resolução conceitua a prática de cartel como acordos entre concorrentes, nos seguintes termos:

“Acordos explícitos ou tácitos entre concorrentes do mesmo mercado, envolvendo parte substancial do mercado relevante, em torno de itens como preços, quotas de produção e distribuição e divisão territorial, na tentativa de aumentar preços e lucros conjuntamente para níveis mais próximos do monopólio.”

Em razão da imprecisão terminológica legal, a doutrina também tem se incumbido da definição do ato ilícito de cartel. Ivo Teixeira Gico Junior (2007), por exemplo, ao interpretar o Anexo I da Resolução nº 20/1999 do Cade, entende que a definição de cartel dada pela Resolução considera que (i) “cartéis envolvem acordos expressos ou tácitos”; (ii) entre “concorrentes do mesmo mercado”; (iii) “envolvendo parcela substancial do mercado relevante”; (iv) que “o acordo deve versar sobre variáveis concorrenciais”; e (v) que o cartel tem como objetivo o aumento de preços e lucros conjuntamente para níveis mais próximos dos de monopólio⁷⁰. No entanto, após realizar análise mais aprofundada da definição de cartel dada pela Resolução nº 20 do Cade, Ivo Teixeira Gico Junior (2007) passa a conceituar a prática de cartel a partir da verificação de cinco elementos principais. Antes de tratar especificamente de cada um dos elementos neste trabalho, é destacado o entendimento do autor acerca do objetivo da prática de cartel, que seria “uniformizar as condutas de todos os, ou o máximo de, ofertantes

⁶⁸ MAGGI, op. cit., p. 59.

⁶⁹ FRAZÃO, Ana. Direito da concorrência: pressupostos e perspectivas. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 440.

⁷⁰ GICO JUNIOR, Ivo Teixeira. Cartel: teoria unificada da colusão. São Paulo: Lex Editora, 2007, p. 170.

para que, conjuntamente, se comportem o mais possível como um monopolista”, aumentando lucros⁷¹.

Quanto aos elementos configuradores da prática de cartel, o primeiro seria que o sujeito da prática fosse “qualquer agente econômico”⁷². Por sua vez, o segundo elemento para configuração da prática de cartel seria que tais agentes econômicos fossem, necessariamente, concorrentes, isto é, as práticas concertadas “devem ocorrer entre agentes econômicos atuantes no mesmo nível da cadeia produtiva e devem ser provocadas por estes, ainda que implementada por agente em nível diverso da cadeia”^{73 74}.

Já o terceiro elemento se configuraria com a existência de ato colusivo que, segundo o autor, não é “necessariamente um acordo ou contrato”. Isso porque o ato colusivo seria independente da sua validade jurídica, além de que os incisos I, II, III e VIII, do artigo 21, da antiga Lei nº 8.884/1994 usam outras expressões além de acordo para a configuração da prática de cartel, tais como obter, influenciar, dividir, entre outras. Assim, estariam incluídas, portanto, “medidas realizadas por meio de acordo e medidas resultantes de mero exercício de influência”⁷⁵.

O penúltimo elemento seria a necessidade da manutenção das “entidades produtivas autônomas do ponto de vista interno”⁷⁶. Isso significaria que, apesar de os agentes econômicos concorrentes atuarem de maneira concertada, em um cartel, não pode haver integração entre eles quanto ao controle de estruturas, mas em relação ao comportamental. Por fim, o último elemento seria “a tendência à dominação do mercado”, com “a obtenção de poder de mercado, ainda que potencial”⁷⁷.

Já Calixto Salomão Filho (2003) possui entendimento no sentido que condutas colusivas não ocorrem apenas por meio de “acordo entre concorrentes”, analisando, por isso, condutas colusivas horizontais e condutas colusivas nas relações verticais. Todavia, considerando o escopo desse trabalho, será analisado apenas o entendimento do douto doutrinador acerca do que chama de “colusões horizontais”. Tais são definidas por Calixto Salomão Filho (2003)

⁷¹ GICO JUNIOR, op. cit. p. 191.

⁷² Nesse sentido, Ivo Teixeira Gico Junior exemplifica quem seriam tais agentes econômicos como “um produtor individual, um profissional liberal, comerciante com firma, sem firma, uma instituição filantrópica”, entre outros (GICO JUNIOR, 2007, p. 176).

⁷³ GICO JUNIOR, op. cit., p. 181.

⁷⁴ O autor também entende que é possível que um “concorrente potencial” possa integrar um cartel, na medida em que “agentes econômicos que se absterem de concorrer única e exclusivamente em razão de esquema colusivo, incorrem no ilícito de cartelização” (GICO JUNIOR, 2007, p. 189).

⁷⁵ GICO JUNIOR, op. cit., p. 200.

⁷⁶ GICO JUNIOR, op. cit., p. 207.

⁷⁷ GICO JUNIOR, op. cit., p. 207.

como “qualquer tipo de acordo, expresso ou tácito, firmado entre concorrentes”⁷⁸. Tais acordos teriam como objetivo “a fixação conjunta de uma das variáveis concorrenciais”, ou seja, “*preço, quantidade, qualidade e mercado*”⁷⁹.

Gesner Oliveira e João Grandino Rodas (2004) também entendem que a prática de cartel “pode ocorrer sob diversas formas”⁸⁰. Apesar disso, segundo os autores, tal prática consistiria na coordenação de ações entre concorrentes “de forma a obter os maiores lucros possíveis em detrimento dos consumidores”⁸¹.

Paula Forgioni (2012), por sua vez, entende que cartéis são “as avenças entre concorrentes (que atuam, pois, no mesmo mercado relevante geográfico e material) e que visam a neutralizar a concorrência existente entre elas”⁸². A autora também conclui que a prática de cartel consiste em “*acordos entre concorrentes, atuais ou potenciais, destinados a arrefecer ou neutralizar a competição entre eles e que têm seu objeto ou efeito tipificado nos incisos do art. 36, caput, da Lei 12.529 de 2011*”⁸³.

Já Caio Mário da Silva Pereira Neto e Paulo Casagrande (2016) tentaram identificar, na jurisprudência do Cade, os elementos caracterizadores da prática de cartel. Destaca-se que os autores entenderam que “na experiência internacional” e “na Lei de Defesa da Concorrência brasileira”, há diferença entre um cartel clássico e um difuso. O cartel clássico seria “um acordo entre concorrentes, sob qualquer forma (escrito ou verbal)”⁸⁴. O cartel clássico teria como objetivos a fixação de preços, a oferta de bens ou serviços, a divisão de clientes ou “o conluio em licitações”⁸⁵. No entanto, a configuração do cartel clássico, para o Cade, segundo os autores, não se limitaria à comprovação de acordo entre concorrentes, mas também de institucionalização de tal acordo, por meio de mecanismos de “*monitoramento e de coação*”, por exemplo⁸⁶. Por sua vez, os cartéis difusos seriam aqueles em que há acordo entre concorrentes, mas “não apresentam um elevado grau de institucionalidade, sendo muitas vezes eventuais ou efêmeros”⁸⁷.

⁷⁸ SALOMÃO FILHO, Calixto. Direito Concorrencial – As condutas. São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p. 262.

⁷⁹ SALOMÃO FILHO, op. cit., p. 262.

⁸⁰ OLIVEIRA, Gesner; RODAS, João Grandino. Direito e economia da concorrência. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 42.

⁸¹ OLIVEIRA; RODAS, op. cit., p. 42.

⁸² FORGIONI, Paula A. Os fundamentos do antitruste. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 337.

⁸³ FORGIONI, op. cit., p. 337.

⁸⁴ CASAGRANDE; PEREIRA NETO, op. cit., p. 110.

⁸⁵ CASAGRANDE; PEREIRA NETO, op. cit., p. 110.

⁸⁶ CASAGRANDE; PEREIRA NETO, p. 111.

⁸⁷ CASAGRANDE; PEREIRA NETO, p. 120.

Ana Frazão (2017) sustenta que, nos casos de cartel, “o objeto da investigação é um conluio organizado entre concorrentes com a única finalidade de elevar artificialmente os preços cobrados do consumidor ou dividir mercados”⁸⁸.

Bruno Oliveira Maggi (2010), ao analisar especificamente a responsabilidade civil concorrencial, define o cartel como “qualquer forma de acordo celebrado entre os agentes de mercado que vise e seja capaz de reproduzir no mercado relevante de um determinado produto ou serviço as condições de monopólio”⁸⁹. O autor também entende que tal acordo deve conter expressa declaração de vontade, “não sendo possível considerar a vontade não declarada da parte como juridicamente relevante”⁹⁰.

Ademais, os cartéis possuiriam espécies e formas de organização diversas, segundo Bruno Oliveira Maggi (2010). Os cartéis poderiam ser, assim, caracterizados por troca de informações comercialmente sensíveis, como preços, além de divisão de mercado, por exemplo⁹¹.

Daniel Costa Caselta (2016), também na seara de estudo da responsabilidade civil concorrencial, conceitua o ato ilícito de cartel como “acordo, expresso ou tácito, entre concorrentes com a finalidade de fixar em conjunto as principais variáveis de sua atuação no mercado”⁹². Nesse sentido, o cartel poderia dizer respeito aos seguintes aspectos concorrenciais: “preços, quantidade, qualidade e/ou condições de venda dos produtos ou até mesmo os mercados em que cada competidor irá atuar”⁹³.

Por fim, a Secretaria de Promoção da Produtividade e Advocacia (Seprac), antiga Secretaria de Acompanhamento Econômico (Seae), entende que a prática de cartel se constitui quando “competidores em um determinado mercado se comportam de forma coordenada com o objetivo de incrementar lucro”⁹⁴. Especificamente, segundo a Seprac, o objetivo final de agentes econômicos atuando na prática de cartel é obter resultado de equilíbrio que se aproxime de uma solução de monopólio, aumentando a lucratividade relativa dos participantes⁹⁵.

Verifica-se, portanto, que grande parte das definições de cartel estão centradas na existência de acordos entre concorrentes acerca de variáveis concorrenciais. Nesse sentido, a prática de cartel não se limita à variável concorrencial de fixação de preços, por exemplo. Esse

⁸⁸ FRAZÃO, op. cit., 2017, p. 440.

⁸⁹ MAGGI, op. cit., p. 70.

⁹⁰ MAGGI, op. cit., p. 75.

⁹¹ MAGGI, op. cit., p. 75.

⁹² CASELTA, op. cit., p. 30-31.

⁹³ CASELTA, op. cit., p. 31.

⁹⁴ SEPRAC. Cálculo de danos em cartéis. Guia prática para o cálculo do sobrepreço em ações de reparação de danos. Maio de 2018, p. 24.

⁹⁵ SEPRAC, op. cit., p. 23.

também tem sido o entendimento do Cade, manifestado, por exemplo, no julgamento do Processo Administrativo nº 08012.002568/2005-51, em 7 de dezembro de 2016⁹⁶. Em síntese, o Processo Administrativo teve como objeto a apuração de suposto cartel das distribuidoras de gás liquefeito de petróleo (GLP), Liquigás Distribuidora S/A, Supergasbrás Energia Ltda. e Paragás Distribuidora Ltda., no Estado do Pará. Em seu voto- vista, o ex- Conselheiro Márcio de Oliveira Júnior ressaltou que empresas participantes de cartel têm inovado no modo de praticar condutas anticoncorrenciais. Conforme mencionado em tal precedente da Autoridade da Concorrência, “ é difícil isolar a estratégia de um cartel para apenas “preços” ou somente para “quantidades” (...) aliás, a adoção de uma estratégia única de cartelização tem sido cada vez rara nos últimos casos trazidos ao Plenário”.

O entendimento do ex-Conselheiro Márcio de Oliveira Júnior e, conseqüentemente, do Cade, tendo em vista que se sagrou voto vencedor, vai ao encontro também do entendimento da União Europeia acerca da definição de cartel, conforme se depreende da mencionada Diretiva 2014/104/EU. Isso considerando que a prática de cartel pode se configurar de diversas formas e gerar efeitos diversos no mercado. Assim, a prática de cartel consistiria não só no acordo de preços entre concorrentes, mas também em outras práticas, tais como divisão de clientes, visando à maximização dos lucros dos participantes da prática, como se atuassem de forma monopolística.

Diante do exposto, por expressa previsão legal, o ato ilícito – no caso, o cartel –, possui o condão de gerar a obrigação de indenizar as vítimas de tal prática. Evidentemente, tal obrigação de indenizar independe de disposição contratual nesse sentido, tendo em vista a própria previsão legal. Assim, bastaria que os demais requisitos da responsabilidade civil por dano concorrencial estivessem presentes para que as empresas em conluio fossem condenadas à obrigação de indenizar as vítimas de cartel.

2.2 A TRANSMISSIBILIDADE DO DIREITO À INDENIZAÇÃO POR DANO MATERIAL

Como abordado anteriormente, o ato ilícito de cartel pode se configurar por meio de diversos tipos de acordos entre concorrentes visando ao aumento de lucros. Tal aumento de

⁹⁶ CADE, Processo Administrativo nº 08012.002568/2005-51, julgado em 7 de dezembro de 2016.

lucros estaria associado à fraude à concorrência. Nesse sentido, a prática de cartel tem o condão de produzir efeitos negativos diversos na sociedade, podendo causar prejuízos a uma pluralidade de pessoas físicas e jurídicas.

No entanto, antes de se tratar dos danos que podem ser ocasionados pela prática de cartel, destaca-se alguns dos racionais para tal prática. Paula Forgioni (2012) acentua algumas das justificativas que geralmente fundamentam a existência de cartéis. A racionalidade da prática estaria justificada, por exemplo, no fato de poder ser uma “alternativa para a competição em nível internacional”; além de possibilitar a estabilização de preços no mercado, uma vez que poderia “implicar a neutralização da força da oferta e da procura sobre a formação dos preços”⁹⁷.

A formação de cartel, ainda, pode vir a ser facilitada pela existência de alguns elementos no mercado. Primeiramente, recorre-se ao Anexo I da Resolução nº 20/1999 do Cade, para identificar tais elementos. Segundo o Anexo I da referida Resolução, alguns “fatores estruturais podem favorecer a formação de cartéis”. Tais fatores estariam configurados pelo “alto grau de concentração do mercado, existência de barreiras à entrada de novos competidores, homogeneidade de produtos e de custos, e condições estáveis de custos e de demanda”.

Em segundo lugar, a doutrina brasileira também tem se dedicado ao estudo de tais elementos facilitadores da prática de cartel. Nesse sentido, Paula Forgioni (2012) destaca que dentre os elementos facilitadores da prática estariam as condições de mercado relacionadas (i) ao “*número de agentes econômicos*”, (ii) à “*homogeneidade do produto*”; (iii) à “*baixa elasticidade da procura em relação ao preço*”; (iv) à “*existência de barreiras de entrada para novas empresas/investidores*”; (v) ao “*mercado em retração*” e (vi) à “*estrutura do mercado dos adquirentes do produto*”⁹⁸.

Já Caio Mário da Silva Pereira Neto e Paulo Leonardo Casagrande (2016) acentuam os seguintes fatores facilitadores: (i) grupo de participantes do acordo reduzido; (ii) homogeneidade dos agentes econômicos; e (iii) escopo limitado do acordo, de forma a facilitar o monitoramento da prática pelos membros do cartel⁹⁹.

Ivo Teixeira Gico Junior (2007) analisa os elementos facilitadores do mercado em conjunto com as condições necessárias para a ocorrência dos atos colusivos. Isto é, os elementos facilitadores auxiliariam na viabilidade das condições necessárias para a ocorrência de cartel. Para o autor, as condições necessárias seriam (i) a coordenação entre os participantes da prática;

⁹⁷ FORGIONI, op. cit., p. 340.

⁹⁸ FORGIONI, op. cit. p. 343-344.

⁹⁹ CASAGRANDE; PEREIRA NETO, p. 113-114.

(ii) o monitoramento dos atos colusivos; e (iii) a sustentabilidade, associada à “racionalidade individual de manutenção da conduta coordenada”, sem que haja “oportunidade para maximizar o seu bem-estar simplesmente alterando o comportamento individual”¹⁰⁰. Por sua vez, os elementos facilitadores da prática estariam associados aos seguintes itens: (i) homogeneidade do produto; (ii) simetria das empresas; (iii) estabilidade das condições de demanda; (iv) amplitude de contato; (v) capacidade ociosa; (vi) poder de mercado do comprador; e (vii) probabilidade e significância de punição pelo Direito Concorrencial¹⁰¹.

Por fim, Daniel Costa Caselta (2016) também cita algumas características de mercado que “são tidas pela literatura econômica como facilitadoras da formação de cartéis, por conferirem maior estabilidade ao arranjo colusivo”¹⁰². Dentre os elementos facilitadores da prática de cartel estariam análises relacionadas: (i) ao mercado concentrado; (ii) à existência de barreiras à entrada; (iii) à necessidade de transparência do mercado; (iv) à interação entre os mercados; e (v) à homogeneidade dos produtos¹⁰³.

Apesar da existência de algumas justificativas econômicas e de elementos de mercado possivelmente facilitadores da formação de cartel, os cartéis podem gerar efeitos negativos. Nesse sentido, Ana Frazão (2017) argumenta que cartéis “têm como única função expropriar os consumidores dos benefícios trazidos pelo bom funcionamento de um mercado competitivo”¹⁰⁴. Isso porque a prática da cartel “não gera eficiências econômicas, não aumenta os incentivos para inovação, não cria benefícios ancilares para os consumidores nem contribui de qualquer outra forma para o bem-estar social”¹⁰⁵.

Tais efeitos negativos podem ser considerados sinônimos de danos para terceiros. A existência de dano seria o segundo pressuposto da responsabilidade civil concorrencial, juntamente com a existência do ato ilícito concorrencial. Nesse sentido é o entendimento de Bruno Oliveira Maggi (2010), que sustenta que os danos causados por cartel podem ser de cunho material e/ou moral¹⁰⁶. Segundo o autor, o dano material pode ser subdividido entre (i) danos emergentes, perdas efetivamente sofridas; e (ii) lucros cessantes, “valores que deixarão de ser acrescentados aos bens jurídicos da vítima”¹⁰⁷.

¹⁰⁰ GICO JUNIOR, op. cit., p. 274-275.

¹⁰¹ GICO JUNIOR, op. cit. p. 281.

¹⁰² CASELTA, op. cit., p. 32-34.

¹⁰³ CASELTA, op. cit., p. 32-34.

¹⁰⁴ FRAZÃO, op. cit., p. 441.

¹⁰⁵ FRAZÃO, op. cit., p. 441.

¹⁰⁶ MAGGI, op. cit., p. 130.

¹⁰⁷ MAGGI, op. cit., p. 148-149.

Lívia Cristina Lavandeira Gândara de Carvalho (2011) também entende que ilícitos concorrenciais “podem acarretar lesões tanto ao patrimônio quanto aos aspectos psíquicos dos competidores, consumidores e da economia como um todo”¹⁰⁸.

Daniel Costa Caselta (2016) possui o mesmo entendimento no sentido de que a prática de cartel pode ensejar tanto o dano material, compreendido pelo “dano emergente (efetiva diminuição patrimonial sofrida pela vítima) e o lucro cessante (aquilo que a vítima deixou de ganhar em virtude do ato ilícito)”¹⁰⁹. O dano moral, por sua vez, representaria “a violação a um interesse extrapatrimonial”¹¹⁰. O dano moral decorrente da prática de cartel poderia ser analisado, segundo o autor, segundo “seja sofrido por uma pessoa jurídica, por uma pessoa física ou por uma coletividade”¹¹¹.

Dentre os possíveis danos causados por cartel, Daniel Costa Caselta (2016) cita, por exemplo, três: o sobrepreço; a redução geral de bem-estar na sociedade; e a “redução de incentivos para que as empresas invistam na melhoria dos produtos ou na redução de custos, dentre outros custos adicionais”¹¹².

Dentre os exemplos práticos de danos causados pelo ato ilícito de cartel, Bruno Oliveira Maggi (2010) ressalta os seguintes: (i) o sobrepreço, entendido como “o pagamento de preço acima do valor normal de mercado”; (ii) a restrição ao desenvolvimento natural do mercado; e (iii) a diminuição geral do bem-estar social¹¹³.

Por sua vez, nas lições de Tercio Sampaio Ferraz Júnior (2013), o dano concorrencial, possui o cerne no falseamento da concorrência e:

“atinge o agente privado na sua própria atividade: o interesse difuso ofendido se individualiza no interesse privado no sentido de que o dano ao mercado se qualifica como dano ao concorrente. É esse dano – falsear a concorrência, donde enganar e agir enganadamente – que constitui o dano a ser verificado e imputado”¹¹⁴.

Portanto, como visto, o ato ilícito de cartel pode resultar em efeitos que ocasionam danos a terceiros, notadamente danos materiais (danos emergentes e/ou lucros cessantes) e danos morais. A questão que se coloca, portanto, é se a cessão de crédito indenizatório possibilitaria a cessão do direito indenizatório de ambas espécies de danos, ou seja, do dano moral e do dano material; ou se haveria vedação legal para a cessão de uma ou de ambas espécies de danos.

¹⁰⁸ CARVALHO, op. cit., p. 14.

¹⁰⁹ CASELTA, op. cit., p. 142.

¹¹⁰ CASELTA, op. cit., p. 168.

¹¹¹ CASELTA, op. cit., p. 172.

¹¹² CASELTA, op. cit., p. 34-35.

¹¹³ MAGGI, op. cit., p. 84.

¹¹⁴ FERRAZ JÚNIOR, op. cit., p. 29.

Primeiramente, nota-se que o próprio Código Civil prevê hipóteses nas quais é vedada a cessão de crédito. Nesse sentido, o artigo 286 do Código Civil dispõe que é vedada a cessão de crédito quando (i) se opuser a natureza da obrigação; (ii) quando se opuser a lei; ou (iii) quando se opuser a convenção com o devedor.

Especificamente em relação à vedação concernente à natureza da obrigação, Maria Helena Diniz (2010) destaca o impedimento para a cessão de “créditos oriundos dos direitos personalíssimos”¹¹⁵. No mesmo sentido, Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (2015) entendem que “o caráter extrapatrimonial dos direitos de personalidade impede a sua cessão”, nos termos do artigo 11 do Código Civil¹¹⁶.

Apesar disso, Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (2015) ressaltam que é possível a cessão do conteúdo patrimonial dos direitos personalíssimos, mais especificamente, “o ordenamento jurídico admite a cessão do exercício de direitos da personalidade, relativamente ao seu conteúdo econômico, tendo em vista a patrimonialidade do interesse”¹¹⁷.

Em relação às vedações legais à cessão de crédito, Maria Helena Diniz (2010) menciona (i) a herança da pessoa viva, com base no artigo 426 do Código Civil; (ii) os créditos já penhorados, com base no artigo 298 do Código Civil; e (iii) o benefício da justiça gratuita, com base no artigo 10 da Lei nº 1.060/50¹¹⁸. Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (2015) complementam, a título de exemplo, com indicações acerca da “impossibilidade de cessão do direito de preferência na compra e venda com cláusula de preempção”, com fundamento no artigo 520 do Código Civil¹¹⁹; bem como da impossibilidade de cessão do direito a alimentos, com base no artigo 1.707 do Código Civil.

Quanto aos créditos cedíveis, Maria Helena Diniz (2010) sustenta que poderiam ser cedidos os créditos oriundos do exercício do usufruto, com base no artigo 1.393 do Código Civil; e “o direito de haver reparação do dano causado pelo delito”¹²⁰. Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (2015), por sua vez, entendem que “o poder de disposição é atributo inerente às situações patrimoniais”¹²¹. Especificamente, os autores entendem que o ordenamento jurídico brasileiro ampara a “*livre cedibilidade* dos créditos”¹²². Para Maria Helena Diniz (2010), o mesmo se aplicaria tendo em vista que “o direito de crédito representa,

¹¹⁵ DINIZ, op. cit. p. 463.

¹¹⁶ FARIAS, ROSENVALD, op. cit., p. 313.

¹¹⁷ FARIAS; ROSENVALD, op. cit. p. 313.

¹¹⁸ DINIZ, op. cit. p. 463.

¹¹⁹ FARIAS; ROSENVALD, op. cit., p. 313.

¹²⁰ DINIZ, op. cit., p. 463.

¹²¹ FARIAS; ROSENVALD, op. cit., p. 312.

¹²² FARIAS; ROSENVALD, op. cit., p. 312.

sob o prisma econômico, um valor patrimonial; daí a sua disponibilidade, podendo ser negociado ou transferido, já que representa promessa de pagamento futuro”¹²³.

A discussão acerca da disponibilidade do direito patrimonial referente ao montante devido a título de ressarcimento e/ou compensação de danos também é realizada pela doutrina dedicada ao estudo da arbitragem no direito brasileiro. Antes de abordar o entendimento doutrinário, destaca-se que a questão surge em virtude do artigo 1º da Lei nº 9.307/1996, relativa à arbitragem, que prevê que a arbitragem pode ser usada para “dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis”. Assim, a doutrina vem elucidando o significado de tal disponibilidade prevista na Lei de Arbitragem.

Leonardo de Faria Beraldo (2014) argumenta que “o direito patrimonial é disponível quando puder ser alienado ou cedido, pelo seu titular (que deve ser pessoa capaz), sem qualquer ressalva”¹²⁴. O autor exemplifica a disponibilidade com o direito a alimentos, destacando que se trata de direito indisponível. No entanto, a transação acerca do montante devido seria possível, “sendo lícita a adoção da arbitragem para essa finalidade”¹²⁵.

Outro exemplo da disponibilidade de direito patrimonial seria, segundo Leonardo de Faria Beraldo (2014), os direitos da personalidade, que, igualmente ao direito a alimentos, são indisponíveis. No entanto, segundo o autor, também não haveria qualquer impedimento para que os efeitos patrimoniais de seu uso pudessem “ser dirimidos na arbitragem”, defendendo que a “ação de reparação civil é passível de ser submetida ao juízo arbitral”¹²⁶.

Quanto ao dano concorrencial, a doutrina também tem defendido a sua disponibilidade para fins de arbitragem. Nesse sentido, é o entendimento de Daniela Monteiro Gabbay e Ricardo Ferreira Pastore (2014) que argumentam, mais precisamente, que:

“No que diz respeito à violação à ordem econômica, poder-se-ia pensar, à primeira vista, que tal matéria seria indisponível, o que também não é verdade, especialmente quando se está tratando de demandas reparatorias ajuizadas pelas partes prejudicadas para o recebimento de indenização por perdas e danos sofridos, o que pode ocorrer independentemente do inquérito ou processo administrativo (tal como previsto no art. 47 da Lei nº 12.529/2011).”¹²⁷

¹²³ DINIZ, p. 458.

¹²⁴ BERALDO, Leonardo de Faria. Curso de Arbitragem nos Termos da Lei nº 9.307/96. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2014, p. 12.

¹²⁵ BERALDO, op. cit., p. 12.

¹²⁶ BERALDO, op. cit., p. 13.

¹²⁷ GABBAY, Daniel Monteiro; PASTORE, Ricardo Ferreira. Arbitragem e outros meios de solução de conflitos em demandas indenizatórias na área de direito da concorrência. Revista Brasileira de Arbitragem, n. 43, 2014, p. 7-32; p. 18.

Yane Pitangueira Dantas (2017) também afirma que as demandas indenizatórias por danos concorrenciais podem ser objeto de arbitragem e negociação, pois disponíveis. Especificamente, a autora argumenta que:

“A conclusão a que se chega é a de que a arbitragem pode ser utilizada por empresas e indivíduos, uma vez que a lei antitruste permite que os prejudicados busquem indenização perante o Judiciário, mas não os força a fazê-lo, o que demonstra que esse direito pode ser livremente disposto e, portanto, podem também ser sujeitos a negociação e resolução pela via arbitral.”¹²⁸

Daniel Costa Caselta (2018) também entende que as demandas relativas à indenização por danos oriundos do ato ilícito de cartel são disponíveis, podendo ser objeto de arbitragem, no ordenamento jurídico brasileiro. Nesse sentido, “conclui-se que as disputas envolvendo pedidos de indenização por infrações à ordem econômica podem ser objeto de arbitragem, por se tratar de discussão referente a direitos patrimoniais disponíveis”¹²⁹.

Portanto, a doutrina analisada entende que direitos patrimoniais relacionados à reparação civil são disponíveis, podendo ser, inclusive, objeto de arbitragem no Brasil. Logo, poder-se-ia argumentar que tanto o direito indenizatório por dano material quanto por dano moral são disponíveis e, portanto, poderiam ser cedidos, pelo menos quanto ao aspecto patrimonial relacionado. Todavia, a cessão do direito indenizatório por dano moral, por poder estar relacionada a direitos de personalidade, pode vir a enfrentar alguns obstáculos legais, doutrinários e mesmo éticos, que fogem do escopo deste trabalho.

Assim, será feita a análise apenas da transmissibilidade do direito indenizatório por dano material, no seu aspecto patrimonial, neste trabalho, tendo em vista possíveis controvérsias adicionais a serem dirimidas no campo da transmissibilidade de direitos indenizatórios por danos morais. Isto é, serão analisados, nos capítulos II e III, os obstáculos ao ajuizamento das ações com pedido de reparação de dano material; e como a cessão de crédito pode ser benéfica para o ajuizamento das ações indenizatórias com pedido de reparação por dano material causado pela prática de cartel no Brasil.

¹²⁸ DANTAS, op. cit, p. 241.

¹²⁹ CASELTA, Daniel Costa. A arbitragem e o direito da concorrência. *In*: A livre concorrência e os tribunais brasileiros: análise crítica dos julgados no Poder Judiciário envolvendo matéria concorrencial. Coordenação: Bruno de Luca Drago e Bruno Lanna Peixoto. São Paulo: Singular, 2018, p. 153-170; p. 166.

2.3 O CRÉDITO INDENIZATÓRIO: NEGÓCIO JURÍDICO COMUTATIVO OU ALEATÓRIO?

Analizados o ato ilícito de cartel, os potenciais danos que podem ser ocasionados pela prática de cartel, bem como a disponibilidade do aspecto patrimonial relativo à indenização por dano material, cabe, agora, entender a natureza jurídica da obrigação objeto da cessão do crédito indenizatório por dano de cartel. Para isso, serão analisados, primeiramente, os requisitos básicos da cessão de crédito à luz do ordenamento jurídico brasileiro.

Considerando que a doutrina entende que a cessão de crédito tem, em regra, feição contratual¹³⁰, os requisitos de validade da cessão de crédito são os previstos no artigo 104 do Código Civil. Nesse sentido, Maria Helena Diniz (2010) destaca que, “sendo um negócio jurídico”, a cessão de crédito “requer a presença dos requisitos” do artigo 104 do Código Civil, que são: (i) capacidade das partes; (ii) objeto lícito, possível, determinado ou determinável; e (iii) forma prescrita ou não defesa em lei¹³¹. Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (2015) também entendem que a cessão de crédito, “como qualquer outro negócio jurídico, submete-se aos requisitos de validade do art. 104 do Código Civil”¹³². No entanto, Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (2015) entendem que, em se tratando de cessão gratuita, a cessão de crédito será regida “pelas regras gerais de validade do contrato de doação (arts. 538- 564 CC)”¹³³.

Destaca-se, ainda, que a cessão de crédito não possui forma prevista em lei. Nesse sentido, as normas relativas à cessão de crédito não exigem “*forma* específica para que se efetue a cessão de crédito”¹³⁴. No entanto, o Código Civil possui algumas disposições acerca da eficácia da cessão de crédito.

Nesse sentido, para que tenha eficácia em relação a terceiros, é necessário que a cessão de crédito seja realizada mediante instrumento público ou instrumento particular, nos termos do artigo 288 do Código Civil. Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (2015) destacam que “quando o dispositivo se refere à eficácia perante *terceiros*, inclui-se aí também a pessoa do devedor”¹³⁵. O artigo dispõe que, caso seja firmado por instrumento particular, deve contar

¹³⁰ Nesse sentido, ver Carlos Roberto Gonçalves (GONÇALVES, op. cit., p. 216); e Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (FARIAS; ROSENVALD, op. cit., p. 312).

¹³¹ DINIZ, op. cit., p. 461.

¹³² FARIAS, ROSENVALD, op. cit., p. 312.

¹³³ FARIAS, ROSENVALD, op. cit., p. 312.

¹³⁴ DINIZ, op. cit., p. 464.

¹³⁵ FARIAS; ROSENVALD, op. cit., p. 318.

os requisitos do parágrafo 1º do artigo 654 do Código Civil, tais como a indicação do lugar onde o instrumento particular foi passado, qualificação das partes e data.

Ademais, o instrumento da cessão de crédito deve estar registrado no Registro de Títulos e Documentos, a partir da leitura combinada do artigo 221 do Código Civil e do artigo 129, número 9º da Lei nº 6.015/1973. Especificamente para que tenha eficácia em relação ao devedor, o artigo 290 do Código Civil dispõe que o devedor deve ser notificado da cessão de crédito.

Portanto, a cessão de crédito possui requisitos de validade e eficácia, assim como os demais negócios jurídicos. Além de tais requisitos, há um que deve ser analisado com mais profundidade, ou seja, o do artigo 295 do Código Civil, que é a necessidade de existência do crédito ao tempo da cessão.

Carlos Roberto Gonçalves (2012) destaca que “na cessão a título oneroso o cedente garante a existência e a titularidade do crédito no momento da transferência”¹³⁶. Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (2015) também acentuam que “de modo geral, o cedente apenas se responsabiliza perante o cessionário pela existência do crédito ao tempo de sua cessão, mas não pela solvabilidade do cedido”¹³⁷.

Maria Helena Diniz (2010) também concorda com a tese de que há responsabilidade do cedente pela existência do crédito, principalmente, nas seguintes hipóteses:

“a) quando o crédito por ele cedido não existir no momento da cessão, que será, então, nula por falta de objeto; b) quando o cedente não for o seu legítimo titular, em razão de uma exceção qualquer ou de um modo extintivo da obrigação (novação, compensação, etc.), pois, se o crédito existir em favor de terceiro, ter-se-á cessão de crédito alheio; c) quando o crédito estiver inquinado de vício idôneo a torna-lo suscetível de anulação ou de nulidade; d) quando pender sobre o crédito direito impeditivo de sua transferência plena.”¹³⁸

Especificamente, o objeto da cessão de crédito indenizatório é o próprio direito indenizatório. No entanto, não se está a falar unicamente do reconhecimento da existência do direito, mas, principalmente, da contraprestação pecuniária a ser desembolsada a título de ressarcimento pelo dano material causado pelos participantes de cartel. O recebimento de tal montante pecuniário é o principal objetivo do negócio jurídico em relação ao cessionário e ao cedente do crédito indenizatório. Nesse sentido, há de se indagar se o objeto da cessão de crédito indenizatório por dano de cartel a ser perquirido por meio judicial já seria existente ao tempo

¹³⁶ GONÇALVES, op. cit., p. 220.

¹³⁷ FARIAS; ROSENVALD, op. cit., p. 322.

¹³⁸ DINIZ, op. cit., p. 467.

da cessão. Para melhor elucidar o tema, recorre-se, inicialmente, aos pressupostos da responsabilidade civil por dano concorrencial.

Bruno Oliveira Maggi (2010)¹³⁹ e Daniel Costa Caselta (2016)¹⁴⁰, por exemplo, sustentam que, no âmbito da esfera da responsabilidade civil geral, há quatro elementos essenciais para o reconhecimento da obrigação de reparar os danos, além do ato ilícito, quais sejam, o dano, o nexo causal e a culpa – quando se tratar de responsabilidade subjetiva. Por sua vez, especificando as peculiaridades da responsabilidade civil por dano concorrencial, Bruno Oliveira Maggi (2010), Tércio Sampaio Ferraz Junior (2013) e Daniel Costa Caselta (2016) sustentam a desnecessidade de análise de elementos subjetivos como culpa ou dolo¹⁴¹. Nesse sentido, Daniel Costa Caselta (2016) destaca que “o entendimento de que a responsabilidade civil por danos decorrentes de cartéis e outras infrações à ordem econômica configura hipótese de responsabilidade objetiva é consolidado na doutrina brasileira”¹⁴².

No entanto, Daniel Costa Caselta (2016) faz a ressalva de que, no que concerne aos administradores das empresas e, por analogia, às demais pessoas físicas envolvidas na suposta prática de cartel, seria necessária a comprovação de culpa ou dolo para que possam ser responsabilizados civilmente, por analogia ao disposto nos incisos II e III, do artigo 37, da Lei nº 12.529/2011¹⁴³.

O ato ilícito de cartel e as modalidades de danos já foram detalhadas anteriormente. Brevemente, seguem algumas considerações sobre o nexo causal. Quanto ao nexo causal entre o ato ilícito, mais especificamente o cartel, e o dano concorrencial, Bruno Oliveira Maggi (2010) entende que a explicação mais satisfatória seria a aplicação da teoria da causalidade adequada, ou seja, a “indenização de prejuízos efetivamente sofridos em decorrência do ato lesivo, mas sobre os quais é impossível comprovar que inexisteriam outras circunstâncias que interferiram na produção do dano”¹⁴⁴. Livia Cristina Lavandeira Gândara de Carvalho (2011) sustenta que tal teoria da causalidade adequada é a “teoria acolhida pela jurisprudência

¹³⁹ MAGGI, op. cit., p. 114.

¹⁴⁰ CASELTA, op. cit., 2016, p. 117.

¹⁴¹ Bruno Oliveira Maggi (2010) sustenta, nesse sentido, que “a análise da culpa é dispensada no caso da responsabilidade civil decorrente de cartel, visto que em qualquer das hipóteses essa prática resultará em responsabilidade civil objetiva de seus agentes” (MAGGI, 2010, p. 175). Por sua vez, Tércio Sampaio Ferraz Junior (2013) sustenta que os danos concorrenciais não são “marcados pelo subjetivismo privatista”, mas são “resultantes de condutas em relações econômicas definidas diretamente pelo poder” (FERRAZ JUNIOR, 2013, p. 21).

¹⁴² CASELTA, op. cit., 2016, p. 127.

¹⁴³ CASELTA, op. cit., 2016, p. 127-128.

¹⁴⁴ MAGGI, op. cit., p. 165.

brasileira”. Nesse sentido, “o autor deverá demonstrar que a conduta anticompetitiva foi a causa mais adequada à produção dos efeitos verificados”¹⁴⁵.

Quanto ao nexo causal existe entre o ato ilícito de cartel e o dano, Daniel Costa Caselta (2016) argumenta que “o nexo causal pressupõe a verificação de que o dano experimentado pela vítima foi decorrência do acordo ilícito celebrado entre os concorrentes com o objetivo de eliminar a competição entre si e aumentar artificialmente os lucros”¹⁴⁶.

Ocorre que a análise dos três pressupostos para a configuração do direito indenizatório por dano de cartel, quais sejam, o ato ilícito, o nexo causal e o dano, pode ser feita apenas pelo juiz, por um mediador, um árbitro ou por meio de outras formas de solução de conflitos que venham a existir. Evidentemente, não é necessária, apesar de preferível, qualquer decisão do Cade a respeito do ato ilícito concorrencial. Isso pela simples leitura do artigo 47 da Lei nº 12.529/2011, que possibilita o ingresso em juízo de prejudicados pelo ato ilícito de cartel para fins de demandarem indenização por perdas e danos sofridos, “independentemente do inquérito ou processo administrativo”.

Nesse sentido, a doutrina estrangeira, segundo Daniel Costa Caselta (2016), faz distinção das chamadas *stand-alone suits* e as *follow-on suits*. Em termos gerais, as primeiras seriam as demandas ajuizadas “sem que haja qualquer investigação ou decisão prévia por parte das autoridade de defesa da concorrência com relação à infração concorrencial em questão”¹⁴⁷. As segundas seriam as demandas “ajuizadas na esteira de investigação ou decisão por parte das autoridades concorrenciais”¹⁴⁸.

Quanto às ações *stand-alone* especificamente, Levi Borges de Oliveira Veríssimo e Nayara Mendonça (2018) destacam que tratam-se de casos em que “uma pessoa física, o Ministério Público ou uma empresa podem recorrer ao Poder Judiciário para a tutela do princípio da livre concorrência, independentemente de existência prévia de análise administrativa da questão”¹⁴⁹. Segundo os autores, os fundamentos jurídicos para tais ações seriam, principalmente, o princípio da inafastabilidade da tutela jurisdicional, com base no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal; o artigo 3º do Código de Processo Civil,

¹⁴⁵ CARVALHO, op. cit., p. 18.

¹⁴⁶ CASELTA, op. cit., 2016, p. 131.

¹⁴⁷ CASELTA, op. cit., 2016, p. 120-121.

¹⁴⁸ CASELTA, op. cit., 2016, p. 121.

¹⁴⁹ MENDONÇA, Nayara; VERÍSSIMO, Levi Borges de Oliveira. A competência do Poder Judiciário na análise de demandas concorrenciais autônomas (ações *stand alone*). In: A livre concorrência e os tribunais brasileiros: análise crítica dos julgados no Poder Judiciário envolvendo matéria concorrencial. Coordenação: Bruno de Luca Drago e Bruno Lanna Peixoto. São Paulo: Singular, 2018, p. 195-210; p. 198.

acerca da tutela preventiva e reparatória de direitos; bem como o próprio artigo 47 da Lei do nº 12.529/2011¹⁵⁰.

Assim, a decisão do Cade pela condenação de uma pessoa jurídica, por exemplo, por cartel, não é suficiente para que haja o surgimento da obrigação de indenizar. Tanto é verdade que, nem mesmo a decisão condenatória na esfera penal seria suficiente para a condenação relativa à obrigação de indenizar na esfera cível. Nesse sentido, Daniel Costa Caselta (2016) sustenta que “tal decisão será vinculante na esfera civil no tocante à existência do fato e sua autoria, restando aos litigantes discutir a existência de dano e nexo causal”¹⁵¹. Isso com base no artigo 935 do Código Civil.

Portanto, a existência do direito indenizatório só poderia ser reconhecida por terceiro legitimado, salvo se houver negociação entre as partes envolvidas. Assim, a cessão de crédito indenizatório que se opera antes de tal decisão de terceiro, no caso do juiz, dificilmente poderá ter o seu objeto, direito indenizatório, considerado como existente à época de tal cessão. Fato é que a prestação original do contrato será o pagamento de um valor a título da cessão do crédito, pelo cessionário; e pela transferência do direito indenizatório pelo cedente. Todavia, como mencionado anteriormente, o objeto de fato da cessão é o recebimento do montante necessário para reparação do dano material causado por cartel. No entanto, a inexistência do reconhecimento da existência do direito indenizatório à época da cessão não pode vir a ensejar a vedação a tal cessão, muito menos a obrigatoriedade de responsabilização do cedente caso a ação ajuizada com pedido de indenização venha a ser julgada como improcedente. Isso porque a incerteza é intrínseca à cessão de crédito indenizatório.

Paula Greco Bandeira (2010) destaca que a incerteza é elemento central do conceito de risco. Para a autora, existem dois tipos de riscos principais: o econômico e o jurídico. O primeiro diz respeito “à vantagem ou ao dano economicamente apreciável decorrente de evento incerto”. O risco econômico ainda abrange o risco contratual e o extracontratual. O risco contratual diz respeito “à variação de valor de específica operação econômica”. O risco extracontratual “não guarda pertinência com a vontade geral” e pode ser subdividido em risco da responsabilidade civil e risco de empresa. O risco da responsabilidade civil é conceituado como o “normal agir do sujeito”; enquanto o risco da empresa está relacionado “à eventualidade de variação patrimonial decorrente de atividade de empresa”¹⁵².

¹⁵⁰ MENDONÇA; VERÍSSIMO, op. cit., p. 198-199.

¹⁵¹ CASELTA, op. cit., 2016, p. 121.

¹⁵² BANDEIRA, Paula Greco. Contratos aleatórios no direito brasileiro. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 8.

Já o risco jurídico, segundo a autora, “se verifica quando o evento incerto ou ignorado incide sobre o *an* ou sobre o *quantum* das prestações” ou trata da “possibilidade de mudança jurídica da situação subjetiva dos contraentes”¹⁵³.

Independentemente das diversas conceituações de risco, Paula Greco Bandeira (2010) sintetiza que a doutrina tradicional entende que o risco é um elemento central dos chamados contratos aleatórios. No entanto, a autora diferencia o conceito de risco do conceito de álea, que seria, de fato, o objeto dos contratos aleatórios. Para Paula Greco Bandeira (2010), a álea:

“deve ser compreendida pela incerteza de ambos os contratantes, existente no momento da celebração do negócio, quanto ao lucro ou prejuízo, em termos de atribuição patrimonial, que dele decorrerá, a depender da verificação de evento incerto e incontável, embora previsto pelas partes.”¹⁵⁴

Dessa forma, os contratos aleatórios se caracterizariam:

“em regra, pela indeterminação *ab initio* da prestação de uma ou de ambas as partes em seu *an* ou *quantum*, de tal maneira que a existência ou a determinação física da prestação (em número, peso e medida) depende da ocorrência do evento incerto.”¹⁵⁵

Para Paula Greco Bandeira (2010), ainda, a álea que qualifica os contratos aleatórios se diferencia da álea normal dos contratos comutativos. Isso porque, nos contratos aleatórios, “a determinabilidade da prestação, seja quanto à sua existência, seja quanto à sua consistência física, depende da deflagração do evento incerto previsto expressamente pelas partes”¹⁵⁶. Por sua vez, a álea normal dos contratos comutativos “refere-se à oscilação ordinária de valores que incide sobre prestações determinadas, desatrelada de qualquer evento específico escolhido pelos contratantes”¹⁵⁷.

A doutrina clássica vem diferenciando os contratos comutativos dos aleatórios da seguinte forma: os contratos comutativos “têm, *ab initio*, desde a celebração do contrato, suas prestações conhecidas, certas, e determinadas ou determináveis” e “se caracterizam pela equivalência entre as prestações”¹⁵⁸. Os contratos comutativos, portanto, são, segundo Maria Helena Diniz (2010b), aqueles em que “as partes podem antever o que receberão em troca das

¹⁵³ BANDEIRA, op. cit., p. 8-12.

¹⁵⁴ BANDEIRA, op. cit., p. 25.

¹⁵⁵ BANDEIRA, op. cit., p. 46.

¹⁵⁶ BANDEIRA, op. cit., p. 254.

¹⁵⁷ BANDEIRA, op. cit., p. 254-255.

¹⁵⁸ BANDEIRA, op. cit., p. 246.

prestações que realizarem, por haver certeza quanto às prestações e cada prestação corresponder a uma contraprestação”¹⁵⁹.

Por sua vez, os contratos aleatórios contêm a “incerteza dos contratantes, no ato de estipulação do contrato, quanto às suas prestações, cuja existência ou extensão dependerá da ocorrência do evento incerto, desconhecida no momento da celebração do negócio”¹⁶⁰. Além do mais, nos contratos aleatórios, não existe equivalência entre as prestações, “vez que há probabilidade de ganhou ou de perda para os contratantes, a depender da verificação do evento incerto”¹⁶¹.

Assim, o contrato comutativo será, por exclusão, aquele em que não houver a álea intrínseca aos contratos aleatórios¹⁶². Para fins de completude, destaca-se que Paula Greco Bandeira (2010) argumenta que os contratos aleatórios e comutativos, apesar da diferença de conceituação tradicional, devem ser diferenciados pelo perfil funcional, ou seja, pela existência da álea, por meio da qual “as partes perseguem com o concreto negócio resultado final (em termos de atribuição patrimonial) incerto, cujo desfecho dependerá da ocorrência do evento estipulado”¹⁶³.

Pelo exposto, verifica-se que a álea que qualifica os contratos aleatórios está presente na cessão de crédito indenizatório, tendo em vista que, desde a celebração do negócio jurídico, o cessionário não sabe se receberá ou a quantidade que receberá relativa à contraprestação almejada pelo contrato. A contraprestação dependerá do evento incerto – a decisão judicial – incerta, mas prevista pelas partes.

Evidentemente, o dispositivo da decisão judicial não é controlável pelas partes, cabendo ao juiz, diante das provas juntadas aos autos, decidir a demanda. Portanto, o juiz pode entender que não existe ato ilícito, não existe dano e/ou não existe nexo causal apto a ensejar a necessidade de reparação civil.

Ressalta-se que há posicionamento favorável à possibilidade de se introduzir, por expressa vontade das partes, a álea em contratos comutativos, o que os tornará aleatórios. Nesse sentido, “ao se introduzir a álea em contratos comutativos, altera-se a causa do contrato, tornando o negócio concreto, por isso mesmo, atípico”¹⁶⁴. A inserção da álea na relação contratual, pela vontade expressa das partes, é, em regra, feita com o intuito de alcançar

¹⁵⁹ DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro, volume 3: teoria das obrigações contratuais e extracontratuais. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2010b, p. 82.

¹⁶⁰ BANDEIRA, op. cit., p. 246.

¹⁶¹ BANDEIRA, op. cit., p. 246.

¹⁶² BANDEIRA, op. cit., p. 251.

¹⁶³ BANDEIRA, op. cit., p. 253.

¹⁶⁴ BANDEIRA, op. cit., p. 76.

objetivos por meio do contrato¹⁶⁵. Nesse cenário, portanto, não se está a falar de contrato típico de cessão de crédito, regulado nos artigos 286 a 298 do Código Civil, mas de contrato nitidamente aleatório.

Além do exposto, há, ainda, discussão doutrinária referente à necessidade de “bilateralidade da álea” em contratos aleatórios. Para Maria Helena Diniz (2010b) “a incerteza do evento terá de ser dos dois, sob pena de não subsistir a obrigação, uma vez que tal lucro ou perda está na dependência do acontecimento incerto para ambos os contratantes”, apesar de o risco da perda ou do ganho poder recair sobre apenas uma das partes¹⁶⁶.

Fato é que a incerteza acerca da decisão judicial julgando pela procedência ou não da existência do direito indenizatório recai sobre cedente e cessionário do crédito. A decisão judicial inviabilizará ou permitirá que o cessionário receba o montante indenizatório – que pode ser igual ou menor do que o requerido – relativo ao dano material sofrido pelo cedente do crédito. Tal incerteza é originária, desde o momento da celebração do negócio jurídico.

A incerteza que recai sobre ambos contratantes poderia ficar mais evidente ainda caso houvesse a cessão apenas parcial do crédito, isso porque tanto cedente quanto cessionário dependeriam da procedência judicial do pedido de reparação para receberem qualquer montante pecuniário. A cessão parcial de crédito é amplamente aceita pela doutrina, em razão da inexistência de vedação legal no mesmo sentido. Nesse sentido, Sílvio de Salvo Venosa (2013) entende que “no caso de cessão parcial, o crédito biparte-se, não havendo nenhuma preferência de recebimento por um ou por outro credor”¹⁶⁷. Por sua vez, Maria Helena Diniz (2010) destaca que a cessão pode ser parcial se o cedente “permanecer na relação obrigacional, se reter parte do crédito, ou então poderá retirar-se, se ceder a outrem a remanescente”¹⁶⁸. Por fim, Carlos Roberto Gonçalves (2012) destaca que “a cessão de crédito voluntária pode ser também total ou parcial, embora a lei não se refira diretamente, em nenhum dispositivo, à última espécie”¹⁶⁹.

Ademais, Paula Greco Bandeira (2010) sustenta que a doutrina tradicional discute se a incerteza inerente à álea deve recair sobre uma ou sobre ambas as situações jurídicas das partes contratantes. Para a autora, “a álea recai necessariamente sobre a situação jurídica de ambas. O mesmo acontecimento que traz acréscimo patrimonial para uma parte acarreta perda para a outra”¹⁷⁰. Tal acréscimo patrimonial “se afigura jurídico”, ou seja, diz respeito à “execução de

¹⁶⁵ BANDEIRA, op. cit., p. 71.

¹⁶⁶ DINIZ, op. cit., 2010b, p. 82.

¹⁶⁷ VENOSA, op. cit., p. 148.

¹⁶⁸ DINIZ, op. cit., 2010, p. 459.

¹⁶⁹ GONÇALVES, op. cit., p. 220.

¹⁷⁰ BANDEIRA, op. cit., p. 70.

prestação”¹⁷¹. Assim, “aquele que desempenha a prestação sofre perda, ao passo que a parte que recebe a prestação auferir lucro”¹⁷².

Quanto à incerteza sobre uma ou ambas as situações jurídicas do cedente e do cessionário do crédito indenizatório, também é possível argumentar que tanto cedente quanto cessionário possuem incerteza acerca de suas situações jurídicas, uma vez que, a depender da decisão judicial, o cessionário pode não ter a execução da prestação, ou seja, não receber o montante indenizatório almejado. Por sua vez, o cedente do crédito, também a depender da decisão judicial, pode ter obtido lucro, caso a decisão judicial julgue a demanda como improcedente ou em valor menor do que o estimado; ou prejuízo, caso o cessionário consiga obter lucro ao final do litígio.

Assim, de fato, a natureza jurídica do objeto da cessão de crédito tornaria o contrato em contrato aleatório, regulado pelos artigos 458 a 461 do Código Civil, mantendo-se alguns dos requisitos da cessão de crédito, como os de validade e os de eficácia, com exceção da questão relativa à necessidade de existência do crédito ao tempo da cessão e da responsabilidade pela inexistência do direito. Isso é, o cedente não pode vir a ser responsabilizado caso a decisão judicial seja no sentido de inexistência do direito à indenização, especialmente, levando-se em consideração as peculiaridades do contrato em questão. Isso também considerando que, evidentemente, deverá haver colaboração do cedente, discriminada no instrumento contratual, no sentido de demonstrar a existência do direito para o cessionário. Assim, possivelmente, deverá ser pactuado o compartilhamento de evidências pelo cedente que demonstrem a existência, por parte do cessionário, do (i) ato ilícito; (ii) do dano e (iii) do nexo causal, em juízo.

Portanto, o negócio jurídico aqui analisado possui dois momentos relevantes para a compreensão da natureza de seu objeto. O primeiro momento é o de fechamento do negócio, em que o cessionário irá pagar uma quantia em dinheiro para o cedente, em contrapartida à cessão do direito indenizatório, e, possivelmente, o cedente compartilhará evidências que comprovem a possível existência do direito indenizatório. Aqui, poder-se-ia dizer que se trata de contrato comutativo.

Todavia, o direito indenizatório não pode ser entendido como existente à época da cessão – considerando que a cessão de crédito venha a ser realizada antes de qualquer decisão judicial que analise a demanda, evidentemente. Assim, para que o objeto da cessão de crédito venha a existir, é necessário o ajuizamento da demanda, no presente caso, com a procedência

¹⁷¹ BANDEIRA, op. cit., p. 254.

¹⁷² BANDEIRA, op. cit., p. 254.

da demanda. Assim, a álea já estaria presente desde o início do contrato, vez a existência da incerteza quanto à decisão judicial, bem como da existência do objeto.

Destaca-se que não há previsão normativa no Brasil proibindo a celebração de contrato atípico, pelo contrário, o artigo 425 do Código Civil permite a celebração de contratos atípicos, desde que em observância às normas do referido Código. Além disso, também não há norma que vede a disponibilidade do aspecto patrimonial do direito à indenização por dano material causado por cartel, no ordenamento jurídico brasileiro, o que também é amparado pela doutrina, como visto anteriormente.

Realizado, de forma preliminar, o exame sobre a natureza jurídica do objeto da cessão de crédito indenizatório, há que se averiguar a viabilidade jurídica de o cessionário do crédito indenizatório ajuizar a ação com pedido de indenização por dano material causado por cartel em nome próprio. Isso com fundamento na própria cessão do crédito.

2.4 A LEGITIMIDADE ATIVA PROCESSUAL DO CESSIONÁRIO

Com o intuito de identificar a legitimidade ativa processual na ação reparatória com fundamento na cessão do crédito, recorre-se à doutrina de Daniel Amorim Assumpção Neves (2016). O autor sustenta que “a regra do sistema processual, ao menos no âmbito da tutela individual, é a legitimação ordinária, com o sujeito em nome próprio defendendo interesse próprio”¹⁷³. A Lei nº 12.529/2011, inclusive, em seu artigo 47, dispõe que os prejudicados pelo cartel, o Ministério Público, a União, os Estados, os Municípios, o Distrito Federal, as entidades e órgãos da Administração Pública especificamente destinados à defesa dos interesses e direitos dos consumidores e as associações legalmente constituídas há pelo menos um ano, com o fim de defender os interesses e direitos dos consumidores, são os legitimados para ingressarem em juízo, requerendo a reparação dos danos supostamente causados por cartel.

Daniel Amorim Assumpção Neves (2016) também menciona que “excepcionalmente admite-se que alguém em nome próprio litigue em defesa do interesse de terceiro, hipótese em que haverá uma legitimação extraordinária”¹⁷⁴. Humberto Theodoro Júnior (2018), por sua vez,

¹⁷³ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual de direito processual civil – volume único. 8. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2016, p. 200.

¹⁷⁴ NEVES, op. cit., p. 200.

afirma que “a defesa de direito alheio, em nome próprio, caracteriza a denominada *legitimação anômala* ou *extraordinária*”¹⁷⁵.

Nesse sentido, o *caput* do artigo 18 da Lei nº 13.105/2015, Código de Processo Civil, prevê, por exemplo, a necessidade de autorização do ordenamento jurídico para que possa ocorrer a legitimação extraordinária, tendo em vista que a regra seria a de que ninguém pode pleitear direito alheio em nome próprio. Portanto, segundo Humberto Theodoro Júnior (2018), “o novo Código adotou o entendimento de parte da doutrina segundo o qual a legitimação extraordinária pode ser atribuída sem previsão expressa de lei em sentido escrito, desde que seja possível identificá-la no ordenamento jurídico, visto como sistema”¹⁷⁶.

Apesar disso, o próprio Código de Processo Civil prevê hipóteses de legitimação extraordinária. Desse modo, o §1º, do artigo 109 do Código de Processo Civil dispõe que o cessionário da coisa ou do direito litigioso pode suceder o cedente, apenas em caso de consentimento da parte contrária. Nesse caso, ocorre o fenômeno da sucessão processual, quando “um sujeito que compõe o polo ativo ou passivo é retirado da relação jurídica processual para que um terceiro tome o seu lugar”¹⁷⁷. Humberto Theodoro Júnior (2018) destaca que “a sentença favorável ao cedente será executada a benefício do cessionário”¹⁷⁸, nos termos do §3º do artigo 109 do Código de Processo Civil.

No entanto, é necessária a anuência da parte contrária para que haja a sucessão processual, o que poderia consistir em mais um dos riscos assumidos pelas partes ao celebrarem o negócio jurídico aqui analisado, caracterizando, ainda mais, a aleatoriedade do contrato. Caso a parte contrária concorde com a sucessão, o cedente não precisará ter o ônus de acompanhar o processo até o seu julgamento definitivo e posterior trânsito em julgado, cabendo todo o ônus processual unicamente ao cessionário, que deverá provar o ato ilícito, o dano material causado ao cedente e o nexo causal, além de patrocinar todos os custos cabíveis ao longo do andamento processual.

Por sua vez, em caso de discordância da parte contrária, é ainda possível que o cessionário intervenha no processo como assistente litisconsorcial do cedente, nos termos do §2º do supracitado artigo 109. Nesse sentido, Daniel Amorim Assumpção Neves (2016) afirma que “em virtude de o assistente litisconsorcial ser também titular do direito que compõe o objeto

¹⁷⁵ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Código de Processo Civil anotado. Colaboradores, Humberto Theodoro Neto, Adriana Mandim Theodoro de Mello, Ana Vitoria Mandim Theodoro. 21. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 23.

¹⁷⁶ THEODORO JÚNIOR, op. cit., p. 23.

¹⁷⁷ NEVES, op. cit., p. 203.

¹⁷⁸ THEODORO JÚNIOR, op. cit., p. 162.

do processo, os atos de disposição praticados exclusivamente pelo assistido não terão nenhum efeito”¹⁷⁹. Nessa hipótese, portanto, o assistido, cedente do crédito, terá que atuar processualmente em conjunto com o assistente litisconsorcial, cessionário. Portanto, caberá às partes, na celebração do negócio jurídico, optar pela assunção também desse risco processual, qual seja, a anuência da parte contrária nos autos da ação com pedido indenizatório por dano material de cartel, caso se trate de cessão de crédito envolvendo direito litigioso.

Portanto, o negócio jurídico a ser celebrado, em se tratando de direito litigioso, teria como objeto não só o crédito indenizatório, em seu aspecto patrimonial. Concomitantemente, o objeto do contrato também incluiria a possibilidade de sucessão processual na ação com pedido indenizatório por parte do cessionário do crédito perante o Poder Judiciário.

Diante do exposto, verifica-se que a aleatoriedade do contrato não está baseada apenas no risco relativo ao pronunciamento judicial sobre a condenação ou não de participantes de cartel em repararem os supostos danos causados, mas também na possibilidade de que o cessionário ingresse na ação em nome próprio, em se tratando de direito litigioso. Isso tendo em vista a previsão legal da necessidade de aceitação da parte contrária para que a sucessão processual ocorra. Caso haja discordância da parte contrária, o cessionário ainda poderá ingressar no processo como assistente litisconsorcial, a fim de tentar obter a condenação do devedor a título de reparação do dano material supostamente causado ao cedente.

Sobre direitos não litigiosos, a doutrina, especificamente Daniel Amorim Assumpção Neves (2016) afirma que “todo direito poderá ser objeto de cessão, de forma que, devido o crédito pelo credor originário, o sujeito que o recebe passa a ter legitimidade superveniente para executar o título”, ressalvadas as exceções legais¹⁸⁰. Portanto, além de ingressar em juízo por sucessão processual ou como assistente litisconsorcial, é possível que o cessionário ajuíze ação para execução do título, independentemente de anuência da parte contrária.

Na execução, o cessionário do crédito deverá juntar o instrumento da cessão de crédito para justificar a sua legitimidade¹⁸¹. O entendimento doutrinário está alinhado ao previsto no §2º do artigo 778 do Código de Processo Civil, de que o cessionário pode promover a execução forçada do título executivo, em sucessão ao exequente originário, independentemente de consentimento do executado. Portanto, em se tratando de direito litigioso, o cessionário poderá ingressar na ação por meio da sucessão processual ou como assistente litisconsorcial. Em se tratando de direito não litigioso, o Código de Processo Civil prevê apenas a hipótese de

¹⁷⁹ NEVES, op. cit., p. 524.

¹⁸⁰ NEVES, op. cit., p. 1395.

¹⁸¹ NEVES, op. cit., p. 1395.

execução, não havendo previsão clara acerca da possibilidade de ajuizamento de ação de conhecimento pelo cessionário do crédito indenizatório.

Apesar das nomenclaturas “sucessão processual”, “assistência litisconsorcial” e “execução”, nesse trabalho, será adotada, genericamente, a expressão “ajuizar ação com pedido indenizatório por dano de cartel” e correlatos para tratar da legitimidade ativa do cessionário.

Fato é que, com a cessão de crédito indenizatório, caso haja significativo aumento de ações reparatórias em desfavor dos cartelistas que causaram danos por meio da prática, o cessionário do crédito indenizatório contribuirá para a prevenção de tal ato ilícito, como visto anteriormente. O desenvolvimento do *private enforcement* no Brasil também contribuirá para a realização de alguns dos princípios constitucionais, enumerados no artigo 170 da Constituição Federal, mais especificamente, dos princípios da livre concorrência, da repressão ao abuso do poder econômico e da defesa do consumidor.

Apesar de a Constituição Federal não definir o que seja o princípio da livre concorrência, “o significado da concorrência e os seus objetivos são historicamente determinados, de acordo com o conteúdo das normas e das políticas públicas adotadas para a sua concretização”¹⁸². Nesse sentido, Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer (2010) ressalta que o princípio da livre concorrência confere dupla proteção para as empresas. A primeira, seria a vedação a privilégios estatais e a segunda seria a vedação “de condutas ilícitas praticadas por suas concorrentes que as impeçam de competir livremente no mercado”¹⁸³. Dessa forma, quanto à segunda proteção, os agentes econômicos que praticaram condutas colusivas terão a obrigação de reparar os danos materiais causados aos que foram impedidos de concorrer livremente nos respectivos mercados relevantes afetados pelo cartel.

É notório que cartéis, em regra, são formados por empresas que detêm poder econômico – ou seja, são agentes que possuem capacidade suficiente de definirem suas “políticas de preço, quantidade de oferta, qualidade de produto” sem preocupações com as políticas dos demais concorrentes–, abusando deste para, em geral, buscarem maior lucro na venda de seus produtos ou na prestação de seus serviços.

Assim, a reparação de danos também possibilitaria o exercício do princípio da repressão ao abuso do poder econômico que “determina que seja editada lei que proteja aqueles que

¹⁸² PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. Defesa da Concorrência e Bem-Estar do Consumidor. Tese de Doutorado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2010, p. 10.

¹⁸³ PFEIFFER, op. cit., p. 12.

podem ser prejudicados por tal abuso”¹⁸⁴. Dessa forma, o que se está a evitar, por meio da reparação civil, não é a detenção de poder econômico pelas empresas, mas o abuso desse poder.

É claro que, por fim, consumidores podem ser também prejudicados pelo abuso do poder econômico das empresas participantes do cartel, como visto anteriormente, contribuindo a ação reparatória para, em conformidade com o princípio da defesa do consumidor, conferir “validade à inclusão do bem-estar do consumidor dentre os objetivos da política de defesa da concorrência”¹⁸⁵.

¹⁸⁴ PFEIFFER, op. cit., p. 13.

¹⁸⁵ PFEIFFER, op. cit., p. 29.

3 OS ÔNUS IMPOSTOS AOS PARTICULARES NA PERQUIRIRÇÃO JUDICIAL DA REPARAÇÃO DE DANOS NO BRASIL

Como mencionado anteriormente, a cessão de crédito indenizatório se apresenta como uma das soluções alternativas para o desenvolvimento do *private enforcement* no Brasil. O *enforcement* privado concorrencial ainda é incipiente no Brasil, também, em razão dos ônus impostos aos particulares na perquirição judicial da reparação de danos. Parte da doutrina tem se dedicado à análise das principais dificuldades enfrentadas pelos particulares no ajuizamento de ações reparatorias por danos concorrenciais no Brasil.

Nesse sentido, Frederico Bastos Pinheiro Martins (2017) identificou três principais obstáculos ao *private enforcement* no Brasil. O primeiro seria o prazo prescricional para o ajuizamento da ação; o segundo seria a assimetria de informações; e, por fim, o terceiro seria a ausência de incentivos ao ajuizamento das ações, tais como a “incerteza jurídica quanto à ocorrência ou quantificação dos danos”¹⁸⁶. Assim, o autor destaca que a vítima de um cartel deve considerar, ao ajuizar uma demanda com pedido indenizatório por dano de cartel, a necessidade de “ (i) aguardar por diversos anos até a resolução de seu litígio pelo judiciário, (ii) incorrer em elevados custos para patrocínio da causa e comprovação de seu direito, e (iii) suportar eventuais represálias comerciais do cartelista”¹⁸⁷.

Bruno Lanna Peixoto e Ludmilla Martins da Silva (2017) também se dedicaram à análise dos principais obstáculos para o ajuizamento de tais ações no Brasil. Os autores enumeraram os seguintes obstáculos: (i) a definição do termo inicial do prazo prescricional; (ii) a eventual necessidade de rediscussão da existência do ato ilícito de cartel, tendo em vista que a decisão do Cade sobre o tema não é vinculante perante o Poder Judiciário; (iii) argumentos relacionados à *passing-on defense*; e (iv) a necessidade de pagamentos de custas processuais e honorários em caso de perda da ação¹⁸⁸.

Alguns obstáculos em relação ao ajuizamento de ações por danos concorrenciais no Brasil também foram identificados pela Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), na análise do Brasil, feita por meio do Relatório “*Relationship Between*

¹⁸⁶ MARTINS, Frederico Bastos Pinheiro. Obstáculos às ações privadas de reparação de danos decorrentes de cartéis. Dissertação de Mestrado. Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2017, p. 9.

¹⁸⁷ MARTINS, op. cit., p. 79.

¹⁸⁸ PEIXOTO, Bruno Lanna; SILVA, Ludmilla Martins da. Recovery Actions for Cartel Damages: State of Affairs and Challenges for the Next Five Years. In: Brazilian Antitrust Law (Law N° 12,529/11): 5 years. IBRAC, 2017, p. 279 - 280.

Public and Private Antitrust Enforcement”¹⁸⁹, de 15 de junho de 2015. A OCDE identificou, especificamente em relação ao Brasil, que as demandas reparatórias ainda são incipientes no país, principalmente considerando (i) a necessidade de análise econômica complexa; (ii) a análise de riscos; (iii) as dificuldades relacionadas à quantificação de danos; (iv) questões relativas ao acesso a documentos dos processos administrativos no Cade; (v) o fato de as informações dos acordos de leniência serem confidenciais; (vi) a inexistência de cultura de reparação de danos no Brasil; (vii) o longo tempo de duração do processo perante o Poder Judiciário; e (viii) a falta de familiaridade da matéria pelos juízes¹⁹⁰.

Ademais, a doutrina europeia também identifica diversas dificuldades semelhantes às que ocorrem no Brasil para que os supostos prejudicados pelo ilícito concorrencial requeiram a respectiva reparação, em juízo. Nesse sentido, Vasil Savov (2015) constatou que as principais dificuldades enfrentadas pelos supostos prejudicados por cartel quando buscam a reparação do dano é a possibilidade de perda de relações comerciais com os supostos participantes do cartel, além dos altos custos com judicialização da questão, como pagamento de honorários advocatícios, de pareceristas e de custas processuais¹⁹¹. Apesar de o Brasil não possuir altas taxas de custas processuais como ocorre em países da Europa, os prejudicados pelo cartel terão que arcar com os custos com pareceristas, além de honorários advocatícios, que podem se tornar

¹⁸⁹ ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. Relationship Between Public and Private Antitrust Enforcement. 2015. Disponível em [http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/WP3/WD\(2015\)23&docLanguage=En](http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/WP3/WD(2015)23&docLanguage=En). Acesso em 6 de junho de 2018.

¹⁹⁰ No original:

“14. Firstly, in Brazil, as in other jurisdictions, there are legal and procedural obstacles to damage actions. These include the need for complex economic analyses, evaluation of risk and the calculation of damages, which are notoriously difficult to obtain by private parties.

15. The issue of access to documents within an administrative proceeding file at CADE, and particular leniency documents, is of crucial importance.

16. Information and documents provided in the scope of a leniency agreement are kept confidential by CADE. Access to these documents is restricted to those who are being investigated, as well as other public authorities, such as the Federal Public Ministry. However, the Judiciary has not yet ruled on whether the signing a leniency agreement is considered a formal confession which can give rise to necessary compensation damages.

17. It must also be noted that there is not a strong culture of claiming damages in Brazil, which is a cultural obstacle to the proliferation of private enforcement in the field of antitrust.

18. Also, on the side of the judiciary itself, the prolonged time that appeals can take within the Brazilian judiciary and judges’ lack of familiarity with antitrust strongly contribute to discourage actions for damages. It is also worth mentioning that due to these characteristics of being a lengthy process requiring complex legal and economic analysis, private actions for damages can be extremely costly for the parties.”

¹⁹¹ SAVOV, Vasil. Quel rôle du regroupement de créances indemnitaires par voie de cession pour la réparation du préjudice subi en raison d’infractions commises au droit de la concurrence? Revista de Concorrência e Regulação, n. 22, abril/junho 2015, p. 213-224; p. 215.

demasiadamente onerosos, principalmente quando os supostos prejudicados se tratarem de empresas de pequeno porte¹⁹² ou de microempresas¹⁹³, por exemplo.

Diante de tais considerações doutrinárias, serão analisados, nesse trabalho, alguns obstáculos ao ajuizamento de ação com pedido indenizatório por dano material de cartel no Brasil a partir da análise empírica das ações ajuizadas por particulares com pedido de indenização por dano material oriundo de cartel¹⁹⁴. Dentre a quantidade de ações identificadas, nos termos da introdução desse trabalho, 26 foram ajuizadas por terceiros particulares. As ações ajuizadas por particulares se referiam, em sua grande maioria, a pedidos de indenização por danos oriundos dos alegados cartéis nos mercados de produção de laranja¹⁹⁵ e de gases industriais e hospitalares¹⁹⁶.

Diversos foram os limites identificados na realização da pesquisa. O primeiro deles foi a inexistência de uniformização das ferramentas de pesquisa jurisprudencial nos sítios eletrônicos dos Tribunais, sejam eles federais ou estaduais. Isso implicou no impedimento de adoção de outras expressões de pesquisa uniformes nos campos de busca jurisprudencial.

Outro limite da pesquisa foi a disponibilização pública eletrônica apenas do conteúdo das decisões de primeiro e segundo grau, não havendo acesso público eletrônico à integralidade dos autos de todas as ações. Há de se destacar que, frequentemente, no relatório ou no próprio conteúdo meritório das decisões judiciais disponíveis eletronicamente, não há detalhes minuciosos do pedido autoral, dificultando a análise dos casos de cartel alegados no pedido autoral e, conseqüentemente, do próprio fundamento do pedido indenizatório.

Outrossim, constatou-se que alguns dos Tribunais ainda não adequaram a numeração processual à uniformização determinada pelo Conselho Nacional de Justiça (“CNJ”), por meio da Resolução nº 65, publicada em 9 de janeiro de 2009. Isso acarretava que o número do processo indicado no acórdão fosse, por vezes, diferente do indicado no acompanhamento processual, retardando a catalogação das ações.

Também foram encontrados certos obstáculos na identificação da ação de primeiro grau. Isso porque, em alguns dos processos de segunda grau não havia indicação do número do

¹⁹² De acordo com o inciso II, do artigo 3º, da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, a receita bruta da empresa de pequeno porte deve ser superior a R\$ 360.000,00 e igual ou inferior a R\$ 4.800.000,00.

¹⁹³ De acordo com o inciso I, do artigo 3º, da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, a receita bruta da microempresa deve ser igual ou inferior a R\$ 360.000,00 em cada ano-calendário.

¹⁹⁴ Portanto, não foram analisadas, para fins do presente trabalho, as ações ajuizadas pelos Ministérios Públicos Estadual e Federal, pelo Estado do Espírito Santo, pela empresa de economia mista Companhia de Saneamento Básico do Estado de São Paulo (SABESP) e pela Curadoria de Proteção e Defesa do Consumidor de Marília, que integra o Ministério Público do Estado de São Paulo.

¹⁹⁵ Tal conduta foi analisada, pelo Cade, por meio dos Processos Administrativos nºs 08700.000739/2016-10, 08700.000738/2016-67 e 08700.000729/2016-76.

¹⁹⁶ Tal conduta foi analisada, pelo Cade, por meio do Processo Administrativo nº 08012.009888/2003-70.

processo originário. Diante disso, era necessário realizar a busca por nome das partes para identificar a ação de primeiro grau. Ademais, há sítios eletrônicos que não permitem a busca por apenas um critério de pesquisa, ou seja, além do nome da parte, às vezes, era solicitada a indicação da comarca em que o processo originário estava localizado e/ou o ano de ajuizamento da ação, o que acarretava na efetiva complexidade da busca processual.

Por fim, outro limite constatado foi a frequente indisponibilidade no funcionamento dos sítios eletrônicos de alguns dos Tribunais. Tal fato impossibilitava o acesso ao acompanhamento processual e às decisões disponíveis dos processos.

Portanto, passa-se à análise dos principais obstáculos identificados na análise empírica realizada nesse trabalho, quais sejam, a incerteza acerca do prazo prescricional; a longa duração dos processos; a metodologia de cálculo de danos materiais; e, por fim, a assimetria de informações. Destaca-se que, apesar de a pesquisa ter incluído as ações com pedido indenizatório ajuizadas até 31 de agosto de 2017, nesse trabalho, foi analisado o estado dos processos até o dia 30 de abril de 2018.

3.1 A INCERTEZA ACERCA DO PRAZO PRESCRICIONAL

Inicialmente, no ordenamento jurídico brasileiro, há duas disposições relevantes sobre o prazo prescricional para o ajuizamento de demandas com pedido indenizatório por dano de cartel. Por antiguidade, a primeira é a da Lei nº 8.078/1990, Código de Defesa do Consumidor, que prevê o prazo de cinco anos para o ajuizamento da ação reparatória por danos causados a consumidores. Por sua vez, o Código Civil, em seu artigo 206, §3º, inciso V, estabelece o prazo prescricional de três anos para as ações reparatórias em geral.

No que concerne aos respectivos termos iniciais, o Código de Defesa do Consumidor dispõe que a contagem da prescrição se inicia a partir do conhecimento do dano e da autoria do ato ilícito. Já o Código Civil, em seu artigo 189, prevê que a pretensão de ressarcimento nasce com a violação do direito. Nesse sentido, Daniel Costa Caselta (2016) afirma que este dispositivo “consagra o princípio da *actio nata*, pelo qual a pretensão nasce com a violação do direito”¹⁹⁷.

¹⁹⁷ CASELTA, op. cit., 2016, p. 198.

No entanto, quando se trata de dano causado por cartel, a doutrina tem se debruçado a entender se bastaria a violação do direito ou se seria também necessário o conhecimento do dano pelo prejudicado, considerando que a investigação e os documentos relacionados à prática do cartel são, em geral, sigilosos.

Assim, André Marques Francisco (2014) entende ser razoável que o autor da ação reparatória tenha o ônus, no que tange ao termo inicial, apenas de “afirmar o momento em que tomou ciência inequívoca da infração; e ao réu o ônus de comprovar eventual imprecisão dessas informações”¹⁹⁸. Este também é o entendimento de outros autores, como Daniel Costa Caselta (2016)¹⁹⁹. Bruno Lanna Peixoto, Renato Xavier da Silveira Rosa e Ludmilla Martins da Silva (2018) também entendem que o termo inicial do prazo prescricional deve ser “o momento em que o titular da pretensão adquire ciência inequívoca sobre a existência da pretensão”²⁰⁰.

No entanto, o entendimento da jurisprudência não é uniforme acerca do termo inicial do prazo prescricional, o que ocasiona certa insegurança jurídica no ajuizamento das demandas reparatórias. Com o intuito de analisar os posicionamentos jurisprudenciais sobre o tema, serão examinadas as ações com pedido de reparação por dano material de cartel nas quais o Tribunal de Justiça ou o Tribunal Regional Federal, instâncias uniformizadoras de jurisprudência, se pronunciou sobre o termo inicial da prescrição. Por sua vez, também serão examinadas as respectivas decisões de primeira instância, nas quais os juízes se pronunciaram sobre a prescrição. Há de se notar, ainda, que, de acordo com as decisões identificadas que foram proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça (“STJ”) ou pelo Supremo Tribunal Federal (“STF”), até 30 de abril de 2018, não houve pronunciamento especificamente sobre o termo inicial da prescrição nas ações reparatórias identificadas neste trabalho. Ademais, apenas para fins metodológicos, os processos nos quais houve pronunciamento sobre o termo inicial da prescrição estão organizados, abaixo, em ordem cronológica de distribuição das ações na primeira instância.

O primeiro processo trata-se do Procedimento Comum nº 0030899-82.2004.8.26.0602, ajuizado em 2004, pelo Laboratório Bio Vet S.A. em face de Air Liquide Brasil Ltda. Em breve síntese, a ação teria como pedido a rescisão contratual cumulada com reparação de danos material e moral pelo aumento abusivo de preços decorrente, também, da suposta formação de

¹⁹⁸ FRANCISCO, op. cit., p. 119.

¹⁹⁹ CASELTA, op. cit., 2016, p. 200.

²⁰⁰ PEIXOTO, Bruno Lanna; ROSA, Renato Xavier da Silveira; SILVA, Ludmilla Martins da. Ações reparatórias por danos concorrenciais: termo inicial do prazo prescricional. In: *In: A livre concorrência e os tribunais brasileiros: análise crítica dos julgados no Poder Judiciário envolvendo matéria concorrencial*. Coordenação: Bruno de Luca Drago e Bruno Lanna Peixoto. São Paulo: Singular, 2018, p. 61-74; p. 68.

cartel. Em 27 de junho 2011, a Juíza Adriana Faccini Rodrigues proferiu sentença julgando o processo procedente em parte para declarar a rescisão do contrato e do aditamento, bem como para condenar a ré ao pagamento de indenização por danos materiais, com base em inadimplemento contratual decorrente da prática abusiva de preços.

Em apelação julgada em 9 de dezembro de 2014²⁰¹, a 27ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo (“TJSP”) entendeu que, quanto à prescrição, a suposta conduta teria ocorrido entre janeiro de 2000 a julho de 2004. Considerando o prazo trienal do Código Civil, a 27ª Câmara de Direito Privado entendeu pela tempestividade da ação, que poderia, segundo o acórdão, ter sido ajuizada até 11 de janeiro de 2006. Em 16 de maio de 2016, foi homologado acordo entre as partes e o processo foi julgado extinto, com base na alínea “b”, inciso III do artigo 487 do Código de Processo Civil.

O segundo processo trata-se do Procedimento Comum nº 9848158-78.2006.8.13.0024, da 22ª Vara Cível de Belo Horizonte/MG, ajuizada pelas empresas Cobraço Serviços Ltda. e Cobraço Comercial brasileira de Aço Ltda. em desfavor de Arcelor Mittal Brasil S/A. Por sentença de 27 de abril de 2012, o juiz da causa julgou improcedente o pedido de reparação pelos danos causados pelo cartel em questão devido à ocorrência de prescrição trienal, entendendo que o prazo prescricional deve começar a correr a partir da data da violação do direito, em 2001.

Em grau de apelação, autuada sob o nº 9848158-78.2006.8.13.0024²⁰², a 11ª Câmara Cível do TJMG também entendeu ter havido ocorrência de prescrição trienal, tendo em vista que as autoras da ação reparatória teriam tido ciência do ato ilícito quando da rescisão do termo do acordo operacional para corte e dobras de aço. Como a ação teria sido ajuizada apenas em 2006, teria ocorrido a prescrição. No caso, só não estaria prescrita “a indenização pela progressiva interrupção da atividade comercial”. Nesse caso, é necessário ressaltar que o Cade investigou o alegado cartel, no Processo Administrativo nº 08012.004086/2000-21, tendo condenado o suposto Cartel dos Vergalhões de Aço em 23 de setembro de 2005, ou seja, antes da sentença.

O terceiro processo trata-se do Procedimento Comum nº 0149141-75.2009.8.26.0100, da 10ª Vara Cível do Foro Central Cível de São Paulo. A ação foi ajuizada pela Lince Veículos e Peças Ltda. em desfavor da General Motors do Brasil Ltda. e de Luis Moan Yabiku Junior,

²⁰¹ TJSP, Apelação Cível nº 0030899-82.2004.8.26.0602, Relator Desembargador Campos Petroni, 27ª Câmara de Direito Privado, julgado em 9 de dezembro de 2014, publicado em 9 de dezembro de 2014.

²⁰² TJMG, Apelação Cível nº 9848158-78.2006.8.13.0024, Relatora Desembargadora Mariza Porto, 11ª Câmara Cível, julgado em 29 de junho de 2016, publicado em 6 de julho de 2016.

em maio de 2009. A autora da ação sustentou ter sofrido prejuízos em razão da existência de suposto cartel no mercado de fretes. A Juíza Andrea de Abreu e Braga entendeu, por meio de sentença publicada em 29 de julho de 2011, que não havia que se falar em prescrição, uma vez que “a hipótese aplicável ao caso não é a prevista no artigo 206, parágrafo 3, inciso IV, do Código Civil”, pois a ação não trataria de reparação por ato ilícito, mas seria aplicável o prazo prescricional de 10 anos. Destaca-se que, de acordo com a própria sentença, houve pedido de indenização por danos supostamente sofridos pela autora da ação.

A juíza da causa julgou improcedente a ação, nos termos do artigo 269, inciso I, do antigo Código de Processo Civil. Em 26 de junho de 2014, foi homologado acordo extrajudicial entre as partes e o processo foi extinto, nos termos do artigo 269, inciso III, do antigo Código de Processo Civil.

O quarto caso refere-se à Ação Ordinária nº 0130316-15.2011.8.26.0100, da 38ª Vara Cível do Foro Central Cível de São Paulo, ajuizada pela empresa Granel Química Ltda. contra a Air Liquide Brasil Ltda., requerendo, o pagamento de indenização por danos materiais no montante de aproximadamente R\$ 2 milhões. A autora sustentou que, a partir de 2001, a ré passou a majorar os preços de nitrogênio líquido fora do pactuado em contrato e fora dos índices autorizados pelo governo federal. Ademais, informou que em setembro de 2010, veio a público a investigação do Cade sobre a participação da empresa ré em cartel de gases industriais e hospitalares. Por sua vez, em suas contrarrazões, a empresa ré sustentou a ocorrência de prescrição.

No entanto, em sentença de 9 de abril de 2014, o juiz da causa entendeu, quanto à prescrição, que o seu termo *a quo* deve se iniciar a partir da decisão definitiva proferida pelo Cade, ou seja, em 2010. A empresa ré apelou da sentença. O TJSP, em 22 de junho de 2017²⁰³, deu provimento ao recurso de apelação, para julgar improcedente a ação no mérito. Quanto à prescrição, o TJSP entendeu pela inoccorrência de prescrição, tendo em vista que a ação versava sobre descumprimento de obrigação geral negativa, devendo o prazo correr a partir da data em que a autora tomou conhecimento da existência da violação ao direito da concorrência.

O quinto processo também relativo ao suposto cartel de gases industriais e hospitalares trata-se do Procedimento Comum nº 0018307-50.2013.8.21.0013, com trâmite na 1ª Vara Cível de Porto Alegre/RS, ajuizado pelo Hospital de Caridade de Erechim requerendo danos morais e materiais em desfavor da White Martins Gases Industriais Ltda., com fundamento no sobrepreço de cerca de 72% na venda de insumos hospitalares, devido à suposta formação de

²⁰³ TJSP, Apelação Cível nº 0130316-15.2011.8.26.0100, Relatora Desembargadora Maria de Lourdes Lopez Gil, 32ª Câmara de Direito Privado, julgado em 22 de junho de 2017, publicado em 23 de junho de 2017.

cartel. Na decisão saneadora, o juiz da causa entendeu que deveria ser aplicada a teoria da *actio nata* no processo em questão, de forma que o termo inicial da prescrição se daria com a mudança do contrato celebrado entre o autor e o réu ou com a sua rescisão, que ocorreu no ano de 2013. Como a ação foi também ajuizada no ano de 2013, não teria ocorrido a prescrição.

Insatisfeita com a referida decisão, a White Martins interpôs o Agravo de Instrumento nº 0475465-52.2014.8.21.7000²⁰⁴, sustentando que o termo inicial da prescrição deveria ser a data da suposta violação do direito e não a data da rescisão contratual. A 19ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (“TJRS”) entendeu, no entanto, que o prazo prescricional deveria começar a correr apenas da data em que se tomou ciência da violação do direito que, no caso, foi a data da rescisão do contrato, mantendo a decisão saneadora de primeiro grau.

O sexto processo foi ajuizado em 8 de agosto de 2013, pela Mate Couro S/A em desfavor da White Martins Gases Industriais Ltda. e foi autuada sob o nº 3050070-07.2013.8.13.0024 no TJSP. A Mate Couro S/A ajuizou a ação requerendo, dentre outros, indenização por danos causados pelo mencionado suposto cartel de gases industriais e hospitalares. Em despacho saneador de 30 de março de 2017, o Juiz Geraldo David Camargo entendeu que, quanto à prescrição, em razão da pluralidade de pedidos, “o prazo de prescrição deve ser definido à luz da preensão mais favorecida pelo tempo”. Assim, o prazo prescricional aplicado foi o de dez anos, previsto no artigo 205 do Código Civil. O juiz fixou, portanto, prazo decenal retroagindo até 8 de agosto de 2003 para as pretensões em questão, “estando prescrita pretensão anterior a tal marco”. Destaca-se que, até 30 de abril de 2018, não havia sido proferida sentença nos autos da ação.

Por fim, o sétimo processo, Procedimento Ordinário nº 0045265-50.2013.8.16.0001, foi ajuizado em 26 de setembro de 2013, pela Liga Paranaense de Combate ao Câncer em desfavor da White Martins Gases Industriais Ltda. requerendo, dentre outros, condenação da White Martins Gases Industriais Ltda. por alegados danos causados em decorrência do suposto cartel no mercado de gases industriais e hospitalares. O processo foi distribuído à 6ª Vara Cível de Curitiba, no TJPR. Em despacho saneador de 16 de setembro de 2014, a Juíza Ana Lúcia Ferreira entendeu, quanto à prescrição, que o termo inicial do prazo prescricional iniciaria a partir da ciência da violação ao direito subjetivo patrimonial, “nascendo, assim, a pretensão de se exigir a tutela estatal”, com base na teoria da *actio nata*. Para a Juíza, a ciência da violação do direito teria ocorrido após a decisão condenatória do Cade, publicada em 27 de outubro de

²⁰⁴ TJRS, Agravo de Instrumento nº 0475465-52.2014.8.21.7000, Relator Desembargador Voltaire de Lima Moraes, Décima Nona Câmara Cível, julgado em 19 de março de 2015, publicado em 25 de março de 2015.

2010. Como a demanda foi ajuizada em setembro de 2013, a Juíza entendeu que ainda não havia transcorrido o prazo de três anos para o ajuizamento da ação, declarando a tempestividade de seu ajuizamento no caso concreto. Em 6 de abril de 2017, houve homologação de acordo extrajudicial e o processo foi julgado extinto, com resolução do mérito, com fulcro no artigo 487, inciso III, alínea “b” do Código de Processo Civil.

Além do termo inicial da contagem do prazo, também há discussões doutrinárias e judiciais relativas à suspensão da prescrição. Quanto à suspensão, o artigo 200, do Código Civil determina que, caso o ato ilícito a ser apurado na esfera cível também constitua crime, não correrá a prescrição até a respectiva sentença criminal definitiva. A doutrina e a jurisprudência majoritárias entendem que, em caso de inexistência de ação penal no curso da ação cível reparatória, não é aplicável o artigo 200 do Código Civil²⁰⁵. Apenas em uma das ações de reparação identificadas neste trabalho houve o pronunciamento sobre a suspensão do processo.

O processo tratava da Ação Coletiva nº 1065317-65.2013.8.26.0100, da 18ª Vara Cível do Foro Central Cível de São Paulo, ajuizada pela Federação das Santas Casas e Hospitais Beneficentes do Estado de São Paulo – FEHOSP contra as empresas White Martins Gases Industriais Ltda., Air Liquide Brasil Ltda., Linde Gases Ltda., Air Products Brasil Ltda. e Indústria Brasileira de Gases Ltda. – IBG. O juiz da causa entendeu, na decisão saneadora de 16 de março de 2015, pela inoccorrência da prescrição, em razão do disposto no artigo 200 do Código Civil.

Insatisfeitas com a decisão saneadora, as empresas White Martins e Linde Gases ajuizaram, respectivamente, os Agravos de Instrumento nº 2075742-75.2015.8.26.0000 e 2066435-97.2015.8.26.0000, no TJSP²⁰⁶. Em síntese, arguíram que o Cade identificou que o cartel teria agido dos anos de 1998 a 2003, ano a partir do qual o prazo prescricional deveria correr. No entanto, a 27ª Câmara de Direito Privado do Tribunal entendeu que o argumento das agravantes não deveria prosperar. Isso porque antes da decisão definitiva do Cade, em 2010, foi ajuizada, em 2009, a Ação Penal nº 0004517-95.2009.403.6181 contra os representantes das empresas por formação de cartel, julgada extinta em 2012. Os desembargadores entenderam, portanto, que neste período, em razão do disposto no artigo 200 do Código Civil, o prazo prescricional para a ação cível estaria suspenso, começando a fluir apenas em 2012, com o

²⁰⁵ CASELTA, op. cit., 2016, p. 202-203.

²⁰⁶ TJSP, Agravo de Instrumento nº 2075742-75.2015.8.26.0000, Relator Desembargador Sergio Alfieri, 27ª Câmara de Direito Privado, julgado em 25 de agosto de 2015, publicado em 26 de agosto de 2015. TJSP, Agravo de Instrumento nº 2066435-97.2015.8.26.0000, Relator Desembargador Sergio Alfieri, 27ª Câmara de Direito Privado, julgado em 15 de setembro de 2015, publicado em 16 de setembro de 2015.

trânsito em julgado da sentença criminal. Como a ação coletiva foi ajuizada em 2013, os desembargadores entenderam que não teria ocorrido a prescrição.

Ademais, em se tratando de prescrição também há hipóteses de sua interrupção, como o protesto judicial interruptivo de prescrição. Nos termos do artigo 202, inciso II, do Código Civil, é causa interruptiva de prescrição o protesto judicial. O antigo Código de Processo Civil, Lei nº 5.869/1973, em seu artigo 867, previa que o protesto judicial poderia ser realizado por aquele que “desejar prevenir responsabilidade, prover a conservação e ressalva de seus direitos ou manifestar qualquer intenção de modo formal”. Por sua vez, o novo Código de Processo Civil, apesar de não ter a mesma disposição do antigo Código, no §2º, do artigo 726, prevê que o protesto judicial possui as mesmas regras processuais relativas à notificação e à interpelação, no que couber.

Portanto, quanto à prescrição, não há uniformidade na jurisprudência nem sobre a data do seu termo inicial nem sobre a sua suspensão. Em síntese, quanto ao termo inicial, houve o posicionamento, nos casos encontrados, de que o termo *a quo* da prescrição deve se iniciar na data da violação do direito ou na data do conhecimento do ato ilícito, sendo que, nesta hipótese, a data pode ser a decisão definitiva do Cade ou, em se tratando de relação contratual, as datas da alteração contratual lesiva ou da rescisão do contrato. Por sua vez, quanto à suspensão do prazo prescricional, houve o posicionamento de que o prazo prescricional não deveria correr até o trânsito em julgado da sentença penal, com fundamento no artigo 200 do Código Civil.

3.2 A IRRAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO

Outro obstáculo evidente na análise empírica foi o tempo de duração do processo. Destaca-se, primeiramente, que a própria Constituição Federal prevê que os processos devem ter duração razoável. Nesse sentido, é o artigo 5º, inciso LXXVIII, da Constituição Federal: “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”. Por sua vez, o Código de Processo Civil também possui disposição no mesmo sentido, em seu artigo 4º, “as partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa”.

No entanto, no Brasil, até que haja uma decisão definitiva, em primeiro grau, ou seja, sentença ou sentença em embargos de declaração, as ações com pedido de indenização por dano de cartel duram, em média, cinco anos. Foi possível estimar tal valor calculando-se a duração

das ações reparatórias identificadas desde a data de sua distribuição em primeiro grau até a data da prolação da sentença. Caso a sentença estivesse pendente, foi calculada a duração do processo até o dia 30 de abril de 2018.

Não foram contabilizados, na estimativa do tempo de duração, os processos em segredo de justiça identificados, tendo em vista que as informações sobre a data de distribuição do processo não estavam disponíveis para consulta. Também não foram contabilizadas as datas de decisões relativas a execuções ou ao trânsito em julgado dos processos.

Para fins de completude quanto ao tempo de duração dos processos, seguem, abaixo, as datas identificadas para as respectivas ações com pedido de indenização por dano de cartel identificados na pesquisa:

Quadro 1 – Relação de ações judiciais encontradas

Tribunal	Comarca	Número do processo	Data da distribuição	Data da sentença	Data da sentença em embargos de declaração
TJSP	1ª Vara Cível da Comarca de Matão	0004023-40.2008.8.26.0347	Informação não disponível. Processo em segredo de justiça.	Informação não disponível. Processo em segredo de justiça.	Informação não disponível. Processo em segredo de justiça.
TJSP	33ª Vara Cível do Foro Central Cível	Processo originário do Agravo de Instrumento nº 2000707-12.2015.8.26.0000	Informação não disponível. Processo em segredo de justiça.	Informação não disponível. Processo em segredo de justiça.	Informação não disponível. Processo em segredo de justiça.
TJSP	35ª Vara Cível do Foro Central Cível	0548926-49.2000.8.26.0100	2.5.2000	22.12.2008	6.3.2009
TJPA	10ª Vara Cível e Empresarial de Belém	0007855-33.2004.8.14.0301	6.5.2004	29.9.2010	Não se aplica
TJSP	1ª Vara Cível do Foro de Sorocaba	0030899-82.2004.8.26.0602	21.10.2004	27.6.2011 ²⁰⁷	29.9.2011
TJSP	2ª Vara Cível do Foro de Bebedouro	0007382-52.2005.8.26.0072	8.11.2005	31.10.2013	9.1.2014
TJMG	22ª Vara Cível de Belo Horizonte	9848158-78.2006.8.13.0024	18.1.2006	27.4.2012	11.6.2012

²⁰⁷ Em 16 de maio de 2016, foi homologado acordo extrajudicial entre as partes. O processo foi, então, extinto, nos termos da alínea “b”, do inciso III do artigo 487 do Código de Processo Civil.

TJSP	14ª Vara Cível do Foro Central Cível	0135231-83.2006.8.26.0100	3.4.2006	29.5.2008	Não se aplica
TJSC	2ª Vara Cível de Araranguá	0008271-65.2008.8.24.0004	28.8.2008	28.4.2012	Não se aplica
TJSP	20ª Vara Cível do Foro Central Cível	0153084-37.2008.8.26.0100	4.5.2009	Sentença pendente até 30.4.2018.	Não se aplica.
TJSP	10ª Vara Cível do Foro Central Cível	0149141-75.2009.8.26.0100	13.5.2009	14.6.2011 ²⁰⁸	20.10.2011
TJSP	3ª Vara Cível do Foro de Diadema	0012022-83.2009.8.26.0161	19.5.2009	Sentença pendente até 30.4.2018	Não se aplica
TJMG	28ª Vara Cível de Belo Horizonte	7099345-90.2009.8.13.0024	25.9.2009	Sentença pendente até 30.4.2018	Não se aplica
TJSP	Vara única do Foro de Rio das Pedras	0002314-26.2009.8.26.0511	22.10.2009	Sentença pendente até 30.4.2018	Não se aplica
TJSP	38ª Vara Cível do Foro Central Cível	0130316-15.2011.8.26.0100	4.4.2011	14.4.2014	20.8.2014
TJSP	5ª Vara Cível do Foro de Piracicaba	0020519-21.2011.8.26.0451	21.7.2011	31.3.2017	3.8.2017
TJSP	10ª Vara Cível do Foro de Campinas	0061198-07.2011.8.26.0114	23.9.2011	Sentença pendente até 30.4.2018	Não se aplica
TJSP	8ª Vara Cível do Foro de Osasco	0027461-76.2012.8.26.0405	11.6.2012	Sentença pendente até 30.4.2018	Não se aplica
TJSP	5ª Vara Cível do Foro de Osasco	4000293-94.2013.8.26.0405	21.2.2013	11.7.2014 ²⁰⁹	Não se aplica
TJMG	30ª Vara Cível de Belo Horizonte	3050070-07.2013.8.13.0024	8.8.2013	Sentença pendente até 30.4.2018	Não se aplica
TJPR	1ª Vara Cível da Região Metropolitana de Curitiba	0041466-96.2013.8.16.0001	4.9.2013	Sentença pendente até 30.4.2018	Não se aplica
TJSP	18ª Vara Cível do Foro Central Cível	1065317-65.2013.8.26.0100	6.9.2013	Sentença pendente até 30.4.2018	Não se aplica
TJDFT	2ª Vara Cível de Brasília	0034072-87.2013.8.07.0001	6.9.2013	Sentença pendente até 30.4.2018	Não se aplica
TJRS	1ª Vara Cível de Erechim	0018307-50.2013.8.21.0013	19.9.2013	25.11.2015	Não se aplica
TJPR	6ª Vara Cível da Comarca	0045265-50.2013.8.16.0001	27.9.2013	6.4.2017 ²¹⁰	Não se aplica

²⁰⁸ Em 26 de junho de 2014, foi homologado acordo extrajudicial e o feito foi extinto, nos termos do artigo 269, inciso III, do antigo Código de Processo Civil.

²⁰⁹ Em 11 de julho de 2014, foi homologado acordo extrajudicial e o feito foi extinto, com fulcro no artigo 269, inciso III, do antigo Código de Processo Civil.

²¹⁰ Em 6 de abril de 2017, foi homologado acordo extrajudicial e o feito foi extinto, com fulcro no artigo 487, inciso III, alínea “b” do Código de Processo Civil.

	da Região Metropolitana de Curitiba				
TJRS	2ª Vara Judicial do Foro da Comarca de Guaporé	0002825-05.2014.8.21.0053	23.5.2014	Sentença pendente até 30.4.2018.	Não se aplica

Portanto, caso ajuízem ação com pedido de indenização por dano de cartel perante o Poder Judiciário, os supostamente prejudicados por cartel terão que aguardar, em média, cinco anos para que seja proferida decisão definitiva sobre o mérito da demanda, pelo menos, em primeiro grau. Ressalta-se, novamente, que tal prazo não inclui informações relativas à fase de execução dos processos.

A partir de então, os supostos prejudicados poderiam receber o montante devido a título indenizatório pelo dano material, caso houvesse pronunciamento judicial favorável ao prejudicado pelo suposto cartel. Ocorre que a tendência é que possíveis prejudicados pela prática de cartel objetivem que a reparação seja feita com rapidez com intuito de que possam buscar o reequilíbrio econômico-financeiro de modo eficiente.

Evidentemente, tal longa espera pela solução judicial do conflito pode ocasionar, consequentemente, elevados custos à possível vítima do cartel, principalmente para vítimas como microempresas e empresas de pequeno porte, por exemplo, em razão da baixa receita bruta anual auferida por tais empresas, o que poderia dificultar o pagamento de custos e honorários relacionados ao ajuizamento da ação.

3.3 A IMPRECISÃO NA METODOLOGIA DE CÁLCULO DA INDENIZAÇÃO

Com relação à quantificação do dano material causado pela prática de cartel, também não há consenso doutrinário ou jurisprudencial sobre a metodologia adequada. Inicialmente, destaca-se que o dano material, doutrinariamente, é, em geral, associado ao cálculo de sobrepreço. Porém, André Marques Francisco (2014) defende que o dano causado pela prática de cartel não pode se resumir à análise de preços, nos termos a seguir:

“Muito embora o sobrepreço seja a mais comum, não é a única manifestação possível de dano emergente em casos de infração antitruste. Basta observar, a título de exemplo, o caso do Cartel dos Frigoríficos, que não produziu diretamente efeitos à jusante, mas sim à montante; os frigoríficos impuseram a restrição aos produtores de

gado, que sem ter como escoar sua produção por outras vias, tiveram de aceitar negociar seus produtos por um subpreço.

[...]

Entretanto, a classificação parece ainda comportar mais uma modalidade de dano, pois também é possível cogitar acerca de acordos colusivos que tenham por objeto não propriamente a alteração do preço final, mas sim a depreciação da qualidade dos produtos comercializados (com redução de custos e consequente aumento da margem de lucro); nesse caso a dano antitruste não se manifestaria através do preço, mas sim na qualidade do produto”²¹¹.

Por sua vez, há também o entendimento doutrinário de que o cálculo do dano também não pode estar associado à apuração da vantagem individualmente auferida pelos participantes do cartel. Nesse sentido, Bruno Oliveira Maggi (2010) argumenta que associar a vantagem auferida ao cálculo do dano do cartel eximiria a responsabilidade dos participantes de um cartel deficitário, que não obtiveram lucro e portanto, “seria um total contra-senso pensar que a sociedade devesse arcar não somente com o ato ilícito praticado pelo cartelista como ainda pela sua incompetência em gerenciar o cartel”²¹². Assim, os entendimentos de André Marques Francisco (2014) e de Bruno Oliveira Maggi (2010) vão ao encontro do posicionamento do ex- Conselheiro do Cade Márcio de Oliveira Júnior, e, como dito, consequentemente do Cade, no mencionado processo administrativo relativo ao suposto cartel de GLP no Estado do Pará. Isso porque o ex-Conselheiro também esclareceu, em seu voto-vista, que cartéis não geram apenas sobrepreço.

Ademais, ainda no referido processo administrativo, foi levantada a tese, pela Conselheira do Cade Cristiane Alkmin Junqueira Schmidt de que o Cade deveria estimar o dano concorrencial causado pelos participantes do conluio aos consumidores, considerando que a sanção pelo ato ilícito deveria ser proporcional ao dano causado²¹³. Porém, entendimento contrário também foi proferido pelo ex-Conselheiro Márcio de Oliveira Júnior. O ex- Conselheiro defendeu que o ordenamento jurídico pátrio não atribuiu ao Cade a competência para reparar danos concorrenciais, mas ao Poder Judiciário.

Ora, de fato, seria um grande avanço para o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência e também para a esfera de reparação civil por danos concorrenciais, a quantificação do dano concorrencial pelo Cade. Isso porque o Cade possui *expertise* necessária para analisar ilícitos antitruste e um corpo técnico de economistas que compõem o Departamento de Estudos Econômicos (“DEE”).

²¹¹ FRANCISCO, op. cit., p. 81.

²¹² MAGGI, op. cit., p. 92.

²¹³ Vide parágrafo 214 do voto da Conselheira Cristiane Alkmin Junqueira Schmidt (Documento SEI nº 0281775).

Ocorre que a apuração do dano concorrencial não é competência atribuída pelas normas brasileiras ao Cade. Essa realidade também foi mencionada pelo ex-Conselheiro Márcio de Oliveira Júnior em seu voto supramencionado. Não só o referido ex-Conselheiro, mas também o ex-Conselheiro Alexandre Cordeiro Macedo, quanto a tal assunto, afirmou, em seu voto-vogal, que a reparação do dano não condiz com a finalidade da atividade punitiva do Estado.

Apesar de ao Cade não ter sido conferida a atribuição legal para a quantificação de danos concorrenciais, a Lei nº 12.529/2011 confere à Secretaria de Acompanhamento Econômico (“SEAE”) a prerrogativa de “elaborar estudos avaliando a situação concorrencial de setores específicos da atividade econômica nacional”, em seu inciso IV, do artigo 19, por exemplo. Tal prerrogativa pode se dar de ofício ou mediante requerimento do Cade e de outros órgãos discriminados na lei, a fim de “promover a concorrência em órgãos do governo e perante a sociedade” (*caput* do artigo 19).

Destaca-se que, recentemente, a SEAE foi extinta e sucedida pela Secretaria de Promoção da Produtividade e Advocacia da Concorrência e pela Secretaria de Acompanhamento Fiscal, Energia e Loteria, de acordo com o Decreto nº 9.266, de 15 de janeiro de 2018. Tal Decreto alterou o Anexo I do Decreto nº 9.003, de 13 de março de 2017, no que tange às funções da Seprac e da Subsecretaria de Promoção da Produtividade, Concorrência e Inovação.

De acordo com a nova redação do artigo 41-B do Decreto nº 9.003, de 13 de março de 2017, mais especificamente de seu parágrafo primeiro, inciso II, a Subsecretaria de Promoção da Produtividade, Concorrência e Inovação terá competência para “requisitar informações e documentos de quaisquer pessoas, órgãos, autoridades e entidades, públicas ou privadas, hipótese em que manterá o sigilo legal, quando for o caso”, para o cumprimento das competências relativas à promoção da concorrência. Tal competência está em consonância com os termos do inciso I, do §1º, do artigo 19 da Lei nº 12.529/2011. Nesse sentido, a Seprac poderia auxiliar o Cade na quantificação de danos concorrenciais, se necessário, visando à promoção da concorrência no Brasil. Tanto é que, em maio de 2018, a Seprac lançou um Guia prático para o cálculo do sobrepreço em ações de reparação de danos²¹⁴, como se verá mais detalhadamente adiante.

No entanto, haveria de se atentar para a necessidade de se evitar a má alocação de recursos estatais na quantificação dos danos. Nesse sentido, o Conselheiro do Cade Paulo

²¹⁴ SEPRAC, op. cit.

Burnier da Silveira, ainda com relação ao processo administrativo apurando a existência de suposto cartel no mercado de GLP no Estado do Pará, em seu voto-vogal²¹⁵, ressaltou a importância de o Cade “avaliar qual a forma mais interessante de utilização dos escassos recursos (financeiros e humanos) disponíveis na Administração Pública para implementar a política de defesa da concorrência no Brasil”²¹⁶.

Ademais, mesmo que haja quantificação de danos ou de vantagem auferida pelo Cade, como mencionado anteriormente, acentua-se que não haveria vinculação entre a decisão do Cade e a decisão judicial; e entre os pareceres e demais estudos da Seprac, por exemplo, e a decisão judicial em demanda com pedido de indenização por danos materiais causados pela prática de cartel. A inexistência de unanimidade acerca da metodologia adotada para a realização dos cálculos de quantificação de danos ainda poderia gerar o risco de divergências na apuração do montante indenizatório entre a esfera judicial e a administrativa também, vez que os acórdãos do Cade não são vinculantes, nem as produções técnicas da Seprac o são.

No entanto, o dissenso e a dificuldade em se calcular o dano em ações com pedido indenizatório por danos concorrenciais não são um problema apenas brasileiro. Prova disso é a mencionada Diretiva 2014/104/UE, dentre as suas considerações de número 45, ter reconhecido que a quantificação dos danos é frequentemente onerosa e complexa para os demandantes, podendo representar um obstáculo ao pedido de reparação.

Por isso, a Diretiva 2014/104/UE, além de ter normatizado, no inciso 2, do artigo 17, o entendimento que cartéis, presumidamente, causam danos; determinou, nos incisos 1 e 3 do mesmo artigo, especificamente quanto à quantificação dos danos, que os Estados-Membros da União Europeia devem garantir que o ônus da prova e o grau de convicção do julgador não tornem o direito a requerer a reparação inconcebível. Ademais, a Diretiva 2014/104/UE também determina a necessidade de especialização dos tribunais nacionais, de forma que possam calcular o dano estimado do cartel, quando seja demasiadamente oneroso quantificá-lo com precisão. Por fim, também foi instituído que as autoridades da concorrência nacionais possam, quando requeridas e caso entendam como necessário, auxiliar os respectivos tribunais na quantificação do montante do dano.

Ademais, por determinação da Diretiva 2014/104/UE, os Estados-Membros da União Europeia teriam até o dia 27 de dezembro de 2016 para transpor as determinações em seus

²¹⁵ Documento SEI nº 0278133.

²¹⁶ Vide parágrafo 12.

respectivos ordenamentos jurídicos internos. Tal transposição ocorreu em todos os Estados- Membros da União Europeia²¹⁷.

Na Dinamarca, por exemplo, no parágrafo 12, subseção 2, do capítulo 7 da *Competition Damages Act*²¹⁸, foram mantidos os dispositivos da Diretiva de que a prática de cartel, presumidamente, gera dano concorrencial e de que a Autoridade da Concorrência dinamarquesa, a pedido do dos tribunais nacionais, poderia auxiliá-los na quantificação dos danos.

Já na Irlanda e na Itália, na *European Union (Actions for Damages for Infringements of Competition Law) Regulations* 2017²¹⁹, artigo 15, e no *Decreto Legislativo 19 gennaio 2017, n. 3*²²⁰, no artigo 14, respectivamente, também há a previsão de que, presumidamente, a prática de cartel gera danos concorrenciais, e que o seu cálculo pode ser feito por estimativa, caso seja impossível ou excessivamente difícil prová-lo. Ademais, atribuíram a competência aos tribunais nacionais de quantificarem os danos, além de incluírem a disposição a respeito da assistência que pode ser prestada pela Autoridade da Concorrência nacional na referida quantificação.

Por fim, em Luxemburgo, foi editada a *Loi du 5 décembre 2016 relative à certaines règles régissant les actions en dommages et intérêts pour les violations du droit de la concurrence et modifiant la loi moidfiée du 23 octobre 2011 relative à la concurrence*²²¹. Através da referida lei, o ordenamento jurídico interno reconheceu que o cartel ocasiona danos concorrenciais de forma presumida, no artigo 2. No entanto, a lei não mencionou nem as disposições acerca da estimação do dano concorrencial, nem sobre a assistência que pode ser prestada pela Autoridade da Concorrência nacional aos tribunais nacionais.

Além das discussões doutrinárias sobre o tema da quantificação de danos por danos concorrenciais, nota-se, empiricamente, a inexistência de critério objetivo para quantificação da indenização por dano material.

Nesse sentido, o primeiro processo em que se identificou menção à quantificação de dano material tratava-se do já mencionado Procedimento Comum nº 0030899-

²¹⁷ Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/NIM/?uri=CELEX:32014L0104>>. Acesso em 10 de junho de 2018.

²¹⁸ Legislação disponível em: <<https://www.retsinformation.dk/Forms/R0710.aspx?id=185607>>. Acesso em 20 de maio de 2017.

²¹⁹ Legislação disponível em: <<http://www.irishstatutebook.ie/eli/2017/si/43/made/en/pdf>>. Acesso em: 20 de maio de 2017.

²²⁰ Legislação disponível em: <http://www.gazzettaufficiale.it/atto/serie_generale/caricaDettaglioAtto/originario?atto.dataPubblicazioneGazzetta=2017-01-19&atto.codiceRedazionale=17G00010&elenco30giorni=true>. Acesso em: 20 de maio de 2017.

²²¹ Legislação disponível em: <<http://legilux.public.lu/eli/etat/leg/memorial/2016/245>>. Acesso em: 20 de maio de 2017.

82.2004.8.26.0602, ajuizado em 2004, pelo Laboratório Bio Vet S.A. em face de Air Liquide Brasil Ltda. Na sentença, o valor de indenização por danos materiais foi fixado com base no montante de R\$ 336.223,00 apurados por meio de perícia contábil. A correção monetária, por sua vez, deveria ser calculada a partir da data do cálculo apresentado pelo perito e os juros de mora seriam de 1% ao mês a partir da citação. Segundo a juíza da causa, tal cálculo foi feito com base no inadimplemento contratual decorrente da prática abusiva de preços.

Em acórdão proferido na relacionada Apelação Cível nº 0030899-82.2004.8.26.0602²²², a 27ª Câmara de Direito Privado do TJSP manteve o posicionamento proferido na sentença, para fins de acolher o pedido de rescisão contratual, com a devolução do valor pago supostamente a maior, no montante de R\$ 336.223,00, como identificado pelo perito contábil. Em 16 de maio de 2016, foi homologado acordo entre as partes e o processo foi julgado extinto, com base na alínea “b”, inciso III, do artigo 487 do Código de Processo Civil.

O segundo processo trata-se do também já mencionado Procedimento Comum nº 9848158-78.2006.8.13.0024, distribuído para a 22ª Vara Cível de Belo Horizonte/MG, ajuizada pelas empresas Cobraço Serviços Ltda. e Cobraço Comercial Brasileira de Aço Ltda. em desfavor de Arcelor Mittal Brasil S/A. Por meio de sentença proferida em 27 de abril de 2012, o juiz da causa julgou improcedente o pedido de reparação pelos danos causados pelo suposto cartel em questão.

Todavia, como mencionado no acórdão da Apelação Cível, autuada sob o nº 9848158-78.2006.8.13.0024²²³, a 11ª Câmara Cível do TJMG mencionou que houve deferimento do pedido de lucros cessantes em razão da “interrupção da atividade comercial” que teria tido início, em 1998, na Cobraço Comercial Brasileira de Aço Ltda. e, em 2001, na Cobraço Serviços Ltda. Nos anos de 2004 e 2005, as autoras da ação teriam “zero de faturamento”. Apesar de ter havido perícia econômica nos autos do processo, no acórdão, há menção de que a quantificação dos lucros cessantes, em primeiro grau, se operou pela “média aritmética da lucratividade do período”, “com juros compensatório de 12% ao ano”. Tal entendimento foi mantido no TJMG.

E, por fim, o terceiro processo tratava-se do mencionado Procedimento Comum nº 0130316-15.2011.8.26.0100, que tramitou perante a 38ª Vara Cível do Foro Central Cível de São Paulo. Em sentença proferida em 14 de abril de 2014, o juiz da causa entendeu pela

²²² TJSP, Apelação Cível nº 0030899-82.2004.8.26.0602, Relator Desembargador Campos Petroni, 27ª Câmara de Direito Privado, julgado em 9 de dezembro de 2014, publicado em 9 de dezembro de 2014.

²²³ TJMG, Apelação Cível nº 9848158-78.2006.8.13.0024, Relatora Desembargadora Mariza Porto, 11ª Câmara Cível, julgado em 29 de junho de 2016, publicado em 6 de julho de 2016.

existência de cartel e do direito à indenização por dano material no valor de R\$ 654.785,18. Tal montante, segundo a sentença, foi calculado a partir dos valores pagos acima dos reajustes contratuais realizados no período de junho de 2011 a outubro de 2003. O juiz da causa destacou que a autora da ação apresentou planilha com a diferença dos valores efetivamente pagos e aqueles que seriam devidos com a aplicação dos reajustes contratuais. Segundo o juiz, tais cálculos não foram impugnado especificamente pela ré, de sorte que deveriam ser tomados como corretos.

No entanto, por meio do julgamento da respectiva Apelação Cível nº 0130316-15.2011.8.26.0100²²⁴, pela 32ª Câmara de Direito Privado do TJSP, a sentença foi reformada para fins de julgar improcedentes os pedidos autorais. Isso porque, primeiramente, o Processo Administrativo instaurado pelo Cade teria sido viciado pelo uso de provas ilícitas, conforme apurado no processo nº 0049217-80.2010.4.01.2400/DF do TRF1. Ademais, segundo os desembargadores da 32ª Câmara de Direito Privado, não teria havido perícia contábil para a quantificação de sobrepreço.

Assim, no cálculo de danos patrimoniais foram identificadas as seguintes metodologias para determinar o montante indenizatório: (i) diferença entre os valores pagos e os anteriormente praticados²²⁵; (ii) média aritmética da lucratividade do período da conduta²²⁶; e, por fim, (iii) os valores indicados em laudo pericial no processo de conhecimento²²⁷.

Além da análise empírica da quantificação de danos indenizatórios por danos materiais, como visto, a doutrina também tem entendido pela complexidade de tal quantificação. Dessa forma, a quantificação de danos poder vir a ocasionar obstáculos para o ajuizamento de ações com pedido indenizatório por dano concorrências no Brasil.

²²⁴ TJSP, Apelação Cível nº 0130316-15.2011.8.26.0100, Relatora Desembargadora Maria de Lourdes Lopez Gil, 32ª Câmara de Direito Privado, julgado em 22 de junho de 2017, publicado em 23 de junho de 2017.

²²⁵ TJSP, Apelação Cível nº 0130316-15.2011.8.26.0100, Relatora Desembargadora Maria de Lourdes Lopez Gil, 32ª Câmara de Direito Privado, julgado em 22 de junho de 2017, publicado em 23 de junho de 2017.

²²⁶ TJMG, Apelação Cível nº 9848158-78.2006.8.13.0024, Relatora Desembargadora Mariza Porto, 11ª Câmara Cível, julgado em 29 de junho de 2016, publicado em 6 de julho de 2016.

²²⁷ TJSP, Apelação Cível nº 0030899-82.2004.8.26.0602, Relator Desembargador Campos Petroni, 27ª Câmara de Direito Privado, julgado em 9 de dezembro de 2014, publicado em 9 de dezembro de 2014.

3.4 O ÔNUS PROBATÓRIO: ASSIMETRIA DE INFORMAÇÕES

Outro obstáculo às ações ajuizadas por particulares trata-se da assimetria de informações, ou seja, dos elementos probatórios à disposição do particular para ajuizar a referida ação, em comparação aos documentos disponíveis para o cartelista. Frederico Bastos Pinheiro Martins (2018), nesse sentido, entende que “a assimetria de informação ainda dificulta que o prejudicado possa averiguar a viabilidade de uma eventual demanda, o que acaba servindo como medida de desestímulo ao ajuizamento de uma ação de reparação de danos”²²⁸.

De fato, o Código de Processo Civil, em seu artigo 373, dispõe que o ônus da prova incumbe (i) ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito; e (ii) ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor. Nesse sentido, cabe ao autor provar (i) a existência do cartel; (ii) o dano; e (iii) o nexo causal entre o alegado cartel e o dano material sofrido. Frederico Bastos Pinheiro Martins (2018) diz que “neste sentido, a prova dos elementos configuradores da responsabilidade civil, a rigor, compete ao autor”²²⁹.

Tal assimetria de informações, no entanto, poderia ser dirimida, por exemplo, caso as ações com pedido de indenização por dano de cartel fossem ajuizadas posteriormente à decisão do Cade ou que a decisão do Cade pudesse ser juntada ao longo da ação indenizatória. Todavia, destaca-se que, mesmo que a decisão do Cade pela condenação de um cartel fosse juntada aos autos, ela não seria vinculante, como já detalhado anteriormente. Nesse sentido, destaca-se três casos em que a decisão do Cade foi juntada aos autos, mas não foi suficiente para, sozinha, determinar a procedência ou não da demanda.

O primeiro trata-se do alegado cartel no mercado de vergalhões de aço. A suposta prática foi analisada pelo Cade, por meio do Processo Administrativo nº 08012.004086/2000-21, instaurado em 19 de setembro de 2000, diante de Representação formulada perante a extinta SDE, pelo Sindicato da Indústria da Construção Civil de Grandes Estruturas no Estado de São Paulo – SINDUSCON/SP e pelo Sindicato das Empresas de Compra, Venda, Locação e Administração de Imóveis Residenciais e Comerciais de São Paulo – SECOVI/SP. Foram representadas, no Processo, as empresas Companhia Siderúrgica Belgo-Mineira, Gerdau S.A. e Siderúrgica Barra Mansa S.A., por, alegadamente, fazerem parte de suposto conluio no

²²⁸ MARTINS, Frederico Bastos Pinheiro. Private enforcement de cartéis no Brasil: o problema de acesso à prova. Revista de Defesa da Concorrência, vol. 6, nº 1, maio de 2018, p. 55-86; 58-59.

²²⁹ MARTINS, op. cit., 2018, p. 57.

mercado de vergalhões de aço utilizados exclusivamente na construção civil. Em 23 de setembro de 2005, o Cade decidiu pela condenação das empresas.

Em 18 de janeiro de 2006, as empresas Cobraço Comercial Brasileira de Aço Ltda. e Cobraço Serviços Ltda., por sua vez, ajuizaram o Procedimento Ordinatório nº 9848158-78.2006.8.13.0024 com pedido indenizatório por danos supostamente ocasionados pelo cartel de vergalhões de aço. A demanda foi ajuizada em desfavor da Companhia Siderúrgica Belo Mineira e foi distribuída à 22ª Vara Cível de Belo Horizonte.

O pedido foi julgado parcialmente procedente pelo juiz da causa em 27 de abril de 2012. Tendo em vista que o inteiro teor da sentença não está disponível no sítio eletrônico do TJMG, recorre-se ao Relatório do Acórdão proferido, em 29 de junho de 2016, em sede da já mencionada Apelação Cível nº 9848158-78.2006.8.13.0024 para identificar os fundamentos da sentença.

O juiz da causa, e o próprio TJMG, entenderam pela existência do suposto cartel, em razão da condenação das empresas, pelo Cade, por formação de cartel, divisão de mercado, discriminação de preços entre concorrentes e fixação de preços de revenda de vergalhões de aço. No entanto, foi decidido, em primeiro e segundo graus, que a ré não poderia ser condenada pelas condutas anticoncorrenciais reconhecidas pelo Cade, mas, apenas, pelos danos sofridos em razão da violação contratual do negócio jurídico que havia celebrado com as autoras da ação.

Por sua vez, o segundo caso trata do alegado cartel no mercado de gases industriais e hospitalares. Em 30 de abril de 2004, o Cade instaurou o Processo Administrativo nº 08012.009888/2003-70 para apurar a prática de cartel no mercado de gases industriais e hospitalares pelas empresas White Martins Gases Industriais Ltda., Air Liquide Brasil Ltda., Air Products Brasil Ltda., AGA S/A e Indústria Brasileira de Gases e por algumas pessoas físicas.

Em 21 de outubro de 2004, o Laboratório Bio Vet S.A. ajuizou o mencionado Procedimento Comum nº 0030899-82.2004.8.26.0602 em desfavor da Air Liquide Brasil Ltda. A autora alegou que a ré teria praticado variação de preços, participando de formação de alegado cartel para impor preços abusivos. Diante disso, requereu indenização por danos morais e materiais.

Por sua vez, o Cade teria condenado, em 1º de novembro de 2010, todos os representados no Processo Administrativo pela prática de alegado cartel no mercado de gases hospitalares e industriais. A condenação da Air Liquide também foi realizada por meio da sentença, de 27 de junho de 2011, que julgou pela procedência do pedido indenizatório por

dano material. O juiz da causa entendeu ter havido provas pericial contábil e testemunhal suficientes para fundamentar a existência de abusividade de preços no caso concreto.

Em acórdão proferido na relacionada e já mencionada Apelação Cível nº 0030899- 82.2004.8.26.0602, a 27ª Câmara de Direito Privado do TJSP manteve o posicionamento proferido na sentença, para fins de acolher o pedido de rescisão contratual, com a devolução do valor pago supostamente a maior, no montante de R\$ 336.223,00, como identificado pelo perito contábil. Em 16 de maio de 2016, foi homologado acordo entre as partes e o processo foi julgado extinto, com base na alínea “b”, inciso III, do artigo 487 do Código de Processo Civil.

Um pouco antes da condenação da Air Liquide na ação supracitada, a Granel Química Ltda. também ajuizou o mencionado Procedimento Comum nº 0130316-15.2011.8.26.0100, no qual o juiz da causa julgou parcialmente procedente a demanda para condenar a ré ao pagamento de indenização por dano patrimonial no valor de R\$ 654.785,18. A fundamentação do juiz pela existência do alegado cartel foi baseada na condenação pelo Cade e pelos documentos acostados aos autos do Cade. O TJSP, em 22 de junho de 2017, no entanto, deu provimento ao recurso de apelação da empresa ré, para julgar improcedente a ação no mérito.

Há de se destacar, ainda, em 18 de novembro de 2015, o Tribunal Regional Federal da 1ª Região (“TRF1”) anulou a condenação das empresas pelo Cade, no âmbito da Apelação Cível nº 0049217-80.2010.4.01.3400²³⁰, pela aplicação da teoria dos frutos da árvore envenenada. O Cade recorreu da decisão, apresentando Recurso Especial e Extraordinário que estão pendentes de exame de admissibilidade desde 28 de março de 2017.

Assim, empiricamente, nota-se que, quando há decisão condenatória do Cade, geralmente, tal decisão é levada em consideração pelo Poder Judiciário, não costumando ser analisada individualmente, mas também em conjunto com outros elementos probatórios. Sob o ponto de vista do réu da ação com pedido indenizatório, tal contexto poderia ser considerado, inclusive, favorável, vez que, caso haja condenação pelo Cade, ainda poderá apresentar argumentos adicionais acerca da inexistência do ato ilícito de cartel, do nexo causal e/ou do dano. O mesmo não se aplica ao autor da demanda indenizatória, que, além de juntar aos autos da decisão da Autoridade da Concorrência, ainda terá de reunir outros elementos probatórios para o reconhecimento ao direito de indenização por danos concorrenciais.

A assimetria de informações ainda pode ter efeitos, também, na dificuldade em se quantificar os danos causados pela prática de cartel. Nesse sentido, Frederico Bastos Pinheiro

²³⁰ TRF1, Apelação Cível nº 0049217-80.2010.4.01.3400, Relator Desembargador Federal Souza Prudente, Quinta Turma, julgado em 18 de novembro de 2015, publicado em 2 de dezembro de 2015.

Martins (2018) entende que o acesso às provas permite, também, “o cálculo do dano de forma apropriada e com significância estatística, de forma a convencer o magistrado da confiabilidade da análise econométrica a ser realizada em sede de perícia”²³¹. Empiricamente, a assimetria de informações pode, de certa forma, ter tido reflexo nas ações, em razão da grande quantidade de ações nas quais houve deferimento do pedido de produção de prova pericial contábil ou econômica pelos magistrados²³².

²³¹ MARTINS, op. cit., 2018, p. 61.

²³² Especificamente, foi identificado o deferimento do pedido de realização de perícia contábil e/ou econômica nas seguintes ações: 0045265-50.2013.8.16.0001 (TJPR); 0018307-50.2013.8.21.0013 (TJRS); 0030899-82.2004.8.26.0602 (TJSP); 0002314-26.2009.8.26.0511 (TJSP); 0020519-21.2011.8.26.0451 (TJSP); 4000293-94.2013.8.26.0405 (TJSP); 7099345-90.2009.8.13.0024 (TJMG); 3050070-07.2013.8.13.0024 (TJMG); 0002825-05.2014.8.21.0053 (TJRS); 0153084-37.2008.8.26.0100 (TJSP); 0012022-83.2009.8.26.0161 (TJSP); 0061198-07.2011.8.26.0114 (TJSP); 0027461-76.2012.8.26.0405 (TJSP) e 1065317-65.2013.8.26.0100 (TJSP).

4 AS PROMISSORAS SOLUÇÕES ORIUNDAS DA CESSÃO DE CRÉDITO INDENIZATÓRIO

Analísado o instrumento da cessão de crédito indenizatório à luz do ordenamento jurídico brasileiro e da doutrina; bem como alguns dos obstáculos enfrentados por particulares quando do ajuizamento de ações com pedido de indenização por dano de cartel, examinar-se-á, nesse breve capítulo, os principais argumentos que justificam a efetividade do *private enforcement* a partir do uso do instrumento da cessão de crédito indenizatório.

4.1 A REUNIÃO DE ELEMENTOS PROBATÓRIOS NA FIGURA DO CESSIONÁRIO

O instrumento da cessão de crédito indenizatório pode vir a ser uma alternativa para o enfrentamento da assimetria de informações existente entre o particular e os participantes de cartel. Assim, a cessão de crédito indenizatório pode permitir ao cessionário que tenha maior acesso às provas da alegada prática, principalmente considerando que poderá adquirir diversos créditos indenizatórios relacionados à mesma prática de possível cartel. Nesse sentido, o cessionário receberia evidências do ato ilícito, do nexo causal e do dano dos cedentes do crédito indenizatório.

A empresa *Cartel Damage Claims*, por exemplo, adquire o crédito indenizatório das potenciais vítimas da prática de cartel apenas após decisão da Autoridade da Concorrência relativa ao ilícito concorrencial, reunindo diversas demandas reparatórias relativas à prática específica²³³. Nesse sentido, além da ação ajuizada pela *Cartel Damage Claims* referente ao suposto cartel nos mercados de peróxido de hidrogênio e de perborato de sódio, no Tribunal Regional de Dortmund, na Alemanha, com fundamento na compra de direitos indenizatórios de 32 empresas, por exemplo, outras ações foram ajuizadas.

Um outro exemplo diz respeito ao ajuizamento de ação com pedido de indenização por dano de cartel, em 31 de maio de 2011, perante o *District Court of Amsterdam*, com fundamento em danos sofridos por dez empresas, em razão de alegado cartel no mercado de clorato de

²³³ DAVOLA, Antonio. Empowering consumers through competition: A study on the creation of a European antitrust claims market. *Revista de Concorrência e Regulação*, n. 22, abril/junho 2015, p. 197-212; p. 203.

sódio²³⁴. Por fim, outro exemplo de ação ajuizada pela *Cartel Damage Claims* seria a ação com pedido indenizatório por danos sofridos por cerca de 23 empresas, ajuizada em 16 de setembro de 2015. Tal ação foi ajuizada perante o *Regional Court of Mannheim*, na Alemanha, a fim de requerer indenização por danos decorrentes de suposto cartel de cimentos²³⁵ identificado pela *German Federal Cartel Office (FCO)*²³⁶.

Antonio Davola (2015) entende, nesse sentido, que o agrupamento das demandas na cessão de crédito indenizatório possibilita que as potenciais vítimas da prática de cartel sejam dispensadas do ônus da prova processual, devendo provar, apenas negocialmente, a existência do potencial direito de requerer a indenização por danos concorrenciais²³⁷. O cessionário, portanto, teria que provar, nos autos da ação com pedido indenizatório por dano de cartel, o ato ilícito de cartel, o dano material causado ao cedente, bem como o nexo causal entre o ato ilícito e o dano.

Nesse sentido, Michael Bernard Abramowicz (2005) destaca que, na cessão de crédito indenizatório, há transferência das incertezas da ação reparatória do cedente para o cessionário²³⁸. As incertezas acerca da imprecisão legislativa, da possibilidade de inexistência dos fatos, bem como de como a lei será aplicada em relação aos fatos recairão sobre o cessionário, portanto²³⁹. Apesar da transferência das incertezas, segundo Michael Bernard Abramowicz (2005), ainda, os cessionários terão incentivos para “precificar” as ações com pedido indenizatório por dano de cartel de forma mais precisa, ainda mais se conseguirem reunir maior quantidade de cedentes do direito indenizatório²⁴⁰.

Por sua vez, ainda com relação ao entendimento de Michael Bernard Abramowicz (2005) sobre os benefícios da cessão de crédito, o autor argumenta que os cedentes do crédito indenizatório possuirão incentivos para compartilhar informações relativas aos danos supostamente sofridos com o cessionário²⁴¹. Isso de forma a demonstrar que o direito indenizatório de um cedente é preferível a de outro cedente²⁴².

²³⁴ CARTEL DAMAGE CLAIMS. Sodium Chlorate Cartel. Disponível em: < <https://www.carteldamageclaims.com/unsere-falle/natriumchlorat/>>. Acesso em 7 de junho de 2018.

²³⁵ DAVOLA, op. cit., p. 204.

²³⁶ CARTEL DAMAGE CLAIMS. Cement Cartels. Disponível em: < <https://www.carteldamageclaims.com/unsere-falle/zement/>>. Acesso em 7 de junho de 2018.

²³⁷ DAVOLA, op. cit., p. 204.

²³⁸ ABRAMOWICZ, Michael Bernard. On the Alienability of Legal Claims. Yale Law Journal. vol. 114, 697, 2005, p. 38. Disponível em: < https://scholarship.law.gwu.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://www.google.com.br/&httpsredir=1&article=1210&context=faculty_publications>

²³⁹ ABRAMOWICZ, op. cit., p. 38.

²⁴⁰ ABRAMOWICZ, op. cit., p. 39.

²⁴¹ ABRAMOWICZ, op. cit., p. 39.

²⁴² ABRAMOWICZ, op. cit., p. 39.

Ainda que a cessão de crédito indenizatório permita a reunião de evidências e de demandas na figura do cessionário, ressalta-se o entendimento de Frederico Bastos Pinheiro Martins (2017), no sentido de que o Novo Código de Processo Civil dispõe acerca de algumas soluções para a assimetria de informações, que poderiam ser utilizadas pelo próprio cessionário do crédito indenizatório, inclusive. Uma das soluções seria a antecipação da produção de prova, com fulcro no artigo 381 do Código de Processo Civil. Nesse sentido, Frederico Bastos Pinheiro Martins (2017) justifica que:

“A antecipação da produção da prova, por sua vez, poderá ter a utilidade de inverter o ônus da demora processual, viabilizando a verificação da extensão do dano antes do próprio ajuizamento da ação indenizatória, possibilitando ao prejudicado avaliar a viabilidade da demanda ou até mesmo buscar um acordo com o cartelista, na melhor aceção da norma do art. 381 do Novo Código de Processo Civil.”²⁴³

Além da antecipação da produção de prova, Frederico Bastos Pinheiro Martins (2017) também sugere a utilização do procedimento de exibição de documentos, com base nos artigos 396 a 404 do Código de Processo Civil. Principalmente, considerando que:

“a rigor, a maior parte dos documentos do cartelista que possam interessar ao prejudicado na comprovação do dano são documentos que o cartelista possui obrigação legal de guarda (como notas fiscais, livros contábeis, por exemplo) e, portanto, não poderia se escusar de exibí-los.”²⁴⁴

O agrupamento dos créditos indenizatórios cedidos em um único cessionário foi, inclusive, objeto do parecer do Advogado-Geral do Tribunal de Justiça da União Europeia, no processo C-352/13, envolvendo a empresa *Cartel Damage Claims* em desfavor de empresas participantes do suposto cartel de peróxido de hidrogênio. Nesse sentido, o Advogado- Geral, manifestou-se favoravelmente ao negócio jurídico de cessão de crédito indenizatório em casos mais complexos, nos termos a seguir:

“De facto, a emergência de intervenientes processuais como a demandante no processo principal, que têm por objeto agrupar ativos baseados em direitos de indemnização emergentes de infrações ao direito da concorrência da União, parece-me revelador de que, em situações mais complexas de entraves à concorrência, não é razoável para os lesados terem de litigar eles próprios e individualmente contra os diversos autores deste tipo de entraves”²⁴⁵.

²⁴³ MARTINS, 2017, p. 63.

²⁴⁴ MARTINS, op. cit., 2018, p. 62.

²⁴⁵ Disponível em: <<http://eur-content/PT/TXT/?qid=1494997698442&uri=CELEX:62013CC0352>>

Ademais, para Vasil Savov (2015), a possibilidade de o cessionário agrupar os créditos indenizatórios em uma única demanda reparatória permitiria, também, o estabelecimento de simetrias de informações para análises jurídicas e econômicas mais complexas, além de maiores chances de resultados positivos perante o Poder Judiciário²⁴⁶.

Quanto à redução da assimetria de informações, por fim, destaca-se jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, mencionada por Frederico Bastos Pinheiro Martins (2018), qual seja o Recurso Especial nº 1.554.986/SP, em que a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça²⁴⁷, no processo sob relatoria do Ministro Marco Aurélio Bellizze, se posicionou no sentido de que “o dever de confidencialidade do CADE se exaure no momento em que concluídos os trabalhos de instrução do procedimento administrativo”²⁴⁸.

Assim, a cessão de crédito indenizatório possui o condão de reduzir a assimetria de informação entre autor e réu da ação com pedido de indenização por dano de cartel. Ademais, há instrumentos processuais disponíveis para o cessionário, no Brasil, para melhor efetividade das funções da responsabilidade civil, tais como os procedimentos de exibição de documento, de produção antecipada de prova, bem como de indicação jurisprudencial da viabilidade de se ter acesso aos autos de processo administrativo no Cade após a conclusão da fase instrutória.

4.2 REPARAÇÃO INSTANTÂNEA DO DANO MATERIAL

Além da redução da assimetria informacional, a cessão de crédito indenizatório possui como mais um objetivo a reparação mais rápida e facilmente para os prejudicados pela prática de cartel. Isso porque as vítimas de tal ilícito devem ser, efetivamente, compensadas pela cessão de seu direito indenizatório, apesar de poderem ganhar menos do que ganhariam por meio de processo judicial²⁴⁹. Nesse sentido, Michael Bernard Abramowicz (2005) afirma que o argumento mais evidente para que uma potencial vítima de ato ilícito venda seu direito indenizatório é a possibilidade de receber montante pecuniário mais rapidamente, em vez de esperar a conclusão do processo judicial²⁵⁰.

²⁴⁶ SAVOV, op. cit., p. 216.

²⁴⁷ STJ, Recurso Especial nº 1.554.986/SP, Relator Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 8 de março de 2016, publicado em 5 de abril de 2016.

²⁴⁸ MARTINS, op. cit., 2018, p. 71.

²⁴⁹ DAVOLA, op. cit., p. 204.

²⁵⁰ ABRAMOWICZ, op. cit., p. 37.

Assim, evidentemente, para o particular, potencial vítima de cartel, a cessão de crédito possibilitaria que as incertezas quanto aos gastos processuais e ao potencial ganho que receberia com o êxito da ação deixem de existir. Isso porque receberá parte do montante pecuniário almejado a título de reparação de danos materiais em decorrência da cessão de crédito indenizatório realizada. Frederico Bastos Pinheiro Martins (2017) destaca que o desconhecimento relativo a tais aspectos “é uma medida de desestímulo ao ajuizamento de ações indenizatórias, pois *ab initio* o prejudicado desconhece o potencial ganho que perceberia com o êxito da ação”²⁵¹.

Ademais, para Antonio Davola (2015), a cessão de crédito indenizatório também acarretaria em benefícios para os cessionários, que poderão ter lucro em relação à diferença paga a título da cessão de crédito e o valor efetivamente recebido em juízo pela reparação do dano material causado pela prática de cartel²⁵². Assim, os cessionários, compradores do crédito, têm incentivos para atuarem por meio da cessão de crédito indenizatório²⁵³.

Dessa forma, considerando os benefícios tanto para o cedente quanto para o cessionário da cessão de crédito indenizatório, Antonio Davola (2015) entende que a tendência é que os cessionários se especializem, diminuindo os custos do ajuizamento das ações reparatórias, e concomitantemente, angariando maiores informações e experiência para o ajuizamento de tais ações²⁵⁴. A especialização, aliada ao desenvolvimento do *private enforcement*, permitiria melhor monitoramento do mercado, vez que potenciais participantes de cartel considerariam a possibilidade de serem responsabilizados civilmente por danos causados por tal ato ilícito²⁵⁵.

Diante disso e como já mencionado anteriormente, também haveria benefícios socioeconômicos na celebração do negócio jurídico da cessão de crédito indenizatório no Brasil. Isso porque, apesar de conter a álea intrínseca aos contratos aleatórios, a cessão de crédito indenizatório pode contribuir para que mais ações de reparação sejam ajuizadas e para que as ações ajuizadas tenham maior efetividade, prevenindo, portanto, a prática de cartel no Brasil.

Visando a conferir maior efetividade às ações de reparação de danos concorrenciais no Brasil, a Seprac publicou, em maio de 2018, o Guia de Cálculo de Danos em Cartéis, que pode ser considerado, eventualmente, pelo cessionário para a quantificação e estimativa dos danos relacionados ao sobrepreço causado à potencial vítima da prática de cartel. A estimativa de tais

²⁵¹ MARTINS, op. cit. 2017, p. 62.

²⁵² DAVOLA, op. cit., p. 204.

²⁵³ DAVOLA, op. cit., p. 204-205.

²⁵⁴ DAVOLA, op. cit., p. 204-205.

²⁵⁵ DAVOLA, op. cit., p. 204-205.

danos teria, evidentemente, efeitos, por exemplo, no valor do negócio jurídico. A Seprac, por meio do referido Guia, apresenta “alguns métodos quantitativos que podem ser utilizados na mensuração dos prejuízos individuais causados pela atuação de cartéis”²⁵⁶.

Dentre os “métodos comparativos”, que “avaliam a relação entre duas, ou mais variáveis”, a Seprac destacou os seguintes. O primeiro método seria a mensuração dos danos a partir dos “resultados previamente obtidos pela literatura em economia e presumir que a atuação deste determinado cartel apresenta relação com a atuação média esperada de um cartel”²⁵⁷. Outro método seria a comparação dos dados ao longo do tempo, isto é, utiliza-se:

“dados referentes a um período no tempo em que há a informação de que o cartel não está em atuação e comparamos os preços praticados ao longo desse período com os preços definidos a partir da formação do cartel.”²⁵⁸

Dentre os métodos econométricos para comparações intertemporais, a Seprac destacou o método “que faz uso de uma variável indicativa para avaliar e quantificar os efeitos da atuação de um cartel”²⁵⁹. Outro método apresentado pela Seprac seria a adoção de ferramentas pela abordagem preditiva, “baseada na hipótese de que a relação entre a variável preço os fatores externos que influenciam o preço se manteria constante durante todo o período na ausência da atuação do cartel”²⁶⁰.

Além de modelos que se baseiam em comparações intertemporais, a Seprac também apresentou modelos “que se baseiam em comparações entre grupos distintos”²⁶¹, em que, segundo a Seprac, “é possível identificar o sobrepreço resultante da atuação de um cartel específico comparando o preço determinado pelos membros do cartel com o preço vigente em situações passíveis de comparação e em que não há indícios de práticas anticoncorrenciais”²⁶².

A Seprac ainda indicou a existência do “método de diferença-em-diferenças” como alternativa para cálculo de tal sobrepreço. Tal método se baseia “na análise da tendência diferencial resultante de fenômeno econômico de interesse entre grupos de tratamento e controle”²⁶³.

²⁵⁶ SEPRAC, op. cit. p. 56.

²⁵⁷ SEPRAC, op. cit. p. 57.

²⁵⁸ SEPRAC, op. cit., p. 57.

²⁵⁹ SEPRAC, op. cit., p. 60.

²⁶⁰ SEPRAC, op. cit., p. 61.

²⁶¹ SEPRAC, op. cit., p. 63.

²⁶² SEPRAC, op. cit., p. 63.

²⁶³ SEPRAC, op. cit., p. 67.

A Seprac, além dos métodos comparativos, detalhou métodos que avaliam “aspectos específicos à estrutura de agentes econômicos e mercados”²⁶⁴. Nesse sentido seriam os “métodos baseados na mensuração do custo de produção”, que “consistem em obter estimativas do preço contrafactual a partir de informações sobre o custo de produção associado ao produto ofertado pelos participantes do cartel”²⁶⁵. Outro método seria “a utilização dos modelos de estrutura de mercado definidos pela teoria econômica”, “representados por relações matemáticas”²⁶⁶.

A apresentação de diversos métodos pela Seprac apenas reforça a dificuldade de se realizar o cálculo para quantificação de danos, a depender de diversas variáveis envolvendo a prática de cartel. No entanto, a diversidade de métodos apresentados pela Seprac também pode vir a ser útil para o cessionário aplicar, caso a caso, a metodologia que considerar mais eficiente.

Analísado, brevemente, o Guia da Seprac, passa-se à análise do Projeto de Lei do Senado nº 283/2016²⁶⁷, de autoria do Senador Aécio Neves, que pode vir a beneficiar o cessionário dos créditos indenizatórios. Inicialmente, destaca-se que o Projeto de Lei do Senado “dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica”, mais especificamente:

“Altera a Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011, que estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência e dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica, para tornar a multa à prática de cartel por empresa ou grupo econômico, proporcional ao tempo de duração da infração à ordem econômica; instituir o ressarcimento em dobro aos prejudicados que ingressarem em juízo, ressalvados os réus que assinarem acordo de leniência ou termo de compromisso de cessação de prática, além de outros incentivos ao acordo de leniência, desde que este seja feito mediante apresentação de documentos que permitam ao CADE estimar o dano causado; determina a sustação do termo da prescrição durante a vigência do processo administrativo; e torna a decisão do Plenário do CADE apta a fundamentar a concessão de tutela da evidência.”

O artigo 2º do Projeto de Lei do Senado especificamente sugere alteração na redação do artigo 47 da Lei do Cade, de forma, basicamente, a (i) instituir o direito às vítimas ao ressarcimento em dobro pelos prejuízos causados por atos ilícitos concorrenciais; e (ii) vedar a responsabilidade solidária para fins de ressarcimento de danos pelas pessoas jurídicas e físicas que celebram acordo de leniência ou termo de compromisso de cessação da prática.

²⁶⁴ SEPRAC, op. cit., p. 69.

²⁶⁵ SEPRAC, op. cit., p. 70.

²⁶⁶ SEPRAC, op. cit., p. 71.

²⁶⁷ Disponível em: < <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/126392> >

Evidentemente, a possibilidade de ressarcimento em dobro dos danos incentivaria o mercado de cessão de crédito indenizatório no Brasil, sendo que tal ressarcimento não seria benéfico apenas para o cessionário, mas também ao cedente, tendo em vista a possibilidade de aumento do valor do negócio jurídico a ser celebrado entre cedente e cessionário.

Ademais, o artigo 3º do Projeto de Lei do Senado também sugere modificação na redação do artigo 93 da Lei do Cade para fins de incluir o parágrafo único, relativo à função da decisão do Plenário do Tribunal do Cade para concessão de tutela de evidência, “permitindo ao juiz decidir liminarmente nas ações previstas no art. 47 desta Lei.” Por sua vez, o artigo 4º, propõe a inclusão do artigo 46-A a fim de prever que “não correrá a prescrição durante a vigência do inquérito ou processo administrativo no âmbito do CADE”.

O Relator do Projeto de Lei do Senado, Senador Armando Monteiro, apresentou relatório, em 24 de maio de 2018, na Comissão de Assuntos Econômicos, aprovando o projeto e as emendas 1, 2 e 3 da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania. A emenda nº 1 alterou a ementa do Projeto de Lei do Senado. A emenda nº 2 suprimiu o artigo 1º do Projeto de Lei do Senado. Por fim, a emenda nº 3 acrescentou dois parágrafos ao artigo 46-A, introduzido pelo Projeto de Lei do Senado, para fins de alterar o prazo prescricional da ação de reparação de danos por infrações à ordem econômica para cinco anos; e para considerar a ciência inequívoco do ato ilícito a publicação do julgamento final do processo administrativo pelo Cade ou o desfecho da ação penal²⁶⁸.

Assim, tal Projeto de Lei do Senado, de certa forma, visa a incentivar o *enforcement* privado no Brasil, de modo a incluir na Lei do Cade, disposições acerca (i) do prazo prescricional; e (ii) dos efeitos da decisão do Cade nas ações com pedido de indenização por dano de cartel. Tais disposições poderiam acarretar, certamente, maior segurança jurídica durante as negociações entre cedente e cessionário, bem como para o ajuizamento da ação com pedido indenizatório por dano de cartel pelo cessionário.

²⁶⁸ Disponível em: < <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7649110&disposition=inline#Emenda3>>

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho teve como objetivo identificar a viabilidade da cessão de crédito indenizatório à luz do ordenamento jurídico brasileiro, bem como, em sendo válida, se poderia ser utilizada como instrumento de maior efetividade para a perquirição cível da reparação de danos por cartel no Brasil. Isso em virtude da necessidade de se incentivar as ações privadas de reparação de danos por cartel no país.

Assim, foi analisado, no primeiro capítulo, o instituto da cessão de crédito propriamente dito. Também se delimitou o objeto da cessão de crédito para a cessão de crédito indenizatório por dano material no Brasil, em razão dos aspectos patrimoniais relacionados. Sugere-se, no entanto, maiores reflexões acerca da cessão de crédito indenizatório por dano moral à luz do ordenamento jurídico brasileiro.

Ainda no primeiro capítulo, foi examinado o ato ilícito de cartel, com suas definições e seus efeitos negativos aptos a gerar danos a terceiros. Verificou-se que o ato ilícito de cartel, como fonte de obrigações, é apto, juntamente com outros pressupostos da responsabilidade civil, a gerar a obrigação de indenizar.

Em tal capítulo, buscou-se, ainda, analisar a natureza jurídica da cessão de crédito indenizatório a partir de seu objeto. Concluiu-se que a cessão de crédito indenizatório possui a álea como elemento intrínseco para a busca da satisfação do negócio jurídico, o que configuraria o negócio jurídico como contrato aleatório. No entanto, apesar de aleatório, o contrato da cessão de crédito indenizatório manteria alguns dos requisitos de validade e existência da cessão de crédito típica, tal como a necessidade de notificação da parte devedora. Assim, o contrato em questão seria, na verdade, atípico, com elementos do contrato aleatório e da cessão de crédito típica.

Por fim, no primeiro capítulo, ainda buscou-se analisar, de forma inicial, a legitimidade ativa processual do cessionário para o ajuizamento da ação com pedido de indenização por dano de cartel. Foram analisadas a legitimidade para ingressar em juízo por meio da sucessão processual, da assistência litisconsorcial e de execução. Todavia, a ausência de previsão específica acerca da legitimidade ativa para o cessionário ajuizar a ação antes mesmo que o direito se torne litigioso pode vir a causar certa insegurança para as partes quando da celebração do negócio jurídico em questão. Nesse sentido, propõe-se que, para fins, também de segurança jurídica, seja incluído dispositivo no Projeto de Lei do Senado nº 283/2016 acerca da legitimidade ativa do cessionário para o ajuizamento da ação com pedido de indenização por danos concorrenciais, independentemente de anuência da parte contrária.

Por sua vez, no segundo capítulo, foram abordados, especificamente, os principais desafios enfrentados pelos particulares antes do ajuizamento da ação com pedido de indenização por dano de cartel e no curso do andamento processual das ações, tais como questões atinentes ao prazo prescricional, à duração do processo, à imprecisão na metodologia de cálculo de danos e ao ônus de prova. Assim, foram analisados entendimentos jurisprudenciais e doutrinários acerca de tais temas. Para fins de elaboração do capítulo, foram analisadas apenas ações com pedido indenizatório por dano de cartel no Brasil, ajuizadas por particulares, totalizando, assim, a análise de 26 processos. Depreende-se que, diante do dissenso jurisprudencial sobre o prazo prescricional, por exemplo, é necessário que o cessionário do crédito indenizatório ajuíze a ação reparatória no prazo mais conservador possível para que o Poder Judiciário não venha a entender, por exemplo, pela ocorrência de prescrição.

Por fim, no terceiro capítulo, foram analisadas as possíveis vantagens advindas da cessão de crédito indenizatório aptas a conferirem maior efetividade para a reparação de danos de cartel no Brasil, à luz da experiência internacional no assunto. Assim, identificou-se que a possibilidade de centralização de elementos probatórios na figura do cessionário do crédito e a rápida reparação de danos das possíveis vítimas de cartel poderiam conferir maior efetividade ao *private enforcement* no Brasil.

Diante do exposto, foi identificada a viabilidade, ao menos do ponto de vista legal, da cessão de crédito indenizatório no Brasil, de forma a possibilitar a prevenção da prática de cartel e, principalmente, conferir a possibilidade de reparação da vítima pelos danos materiais causados pelas empresas alegadamente em conluio.

Evidentemente, este trabalho representa apenas pesquisa inicial acerca do tema. Diante disso, recomenda-se também o prosseguimento das pesquisas quantitativas e qualitativas acerca das ações com pedido indenizatório por dano de cartel, com o intuito de que novos cruzamentos de dados sejam realizados. Isso permitiria a análise, por exemplo, do grau de atuação do Cade nessas ações; e da vinculação da decisão do Cade na decisão judicial. Apesar das limitações existentes acerca das ferramentas de pesquisa processuais e jurisprudenciais disponíveis nos sítios eletrônicos dos Tribunais, também recomenda-se a utilização de outras expressões com o fito de se identificar a existência de mais ações com pedido indenizatório por dano de cartel ajuizadas no Brasil. Por fim, também recomenda-se a análise da viabilidade de o Poder Público celebrar o negócio jurídico da cessão de crédito indenizatório.

6 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABRAMOWICZ, Michael Bernard. On the Alienability of Legal Claims. Yale Law Journal. vol. 114, 697, 2005.

BANDEIRA, Paula Greco. Contratos aleatórios no direito brasileiro. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

BERALDO, Leonardo de Faria. Curso de Arbitragem nos Termos da Lei nº 9.307/96. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2014.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 18 de março de 2017.

_____. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm>. Acesso em: 18 de março de 2017.

_____. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm>. Acesso em: 18 de março de 2017.

_____. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 18 de março de 2017.

_____. Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica; altera a Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985; revoga dispositivos da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, e a Lei nº 9.781, de 19 de janeiro de 1999; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm>. Acesso em: 18 de março de 2017.

_____. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 18 de março de 2017.

BUAIZ NETO, José Alexandre; PORTO, Giovana Vieira (no prelo). A valoração da prova da existência de cartel: uma análise empírica das procedências ao pedido indenizatório. Direito concorrencial: avanços e perspectivas. Livro 1. Coordenação de João Grandino Rodas. 1. ed. Curitiba: Editora Prismas, 2018.

CADE, Processo Administrativo nº 08012.002568/2005-51, julgado em 7 de dezembro de 2016.

CARTEL DAMAGE CLAIMS. Cement Cartels. Disponível em: <<https://www.carteldamageclaims.com/unsere-falle/zement/>>. Acesso em 7 de junho de 2018.

_____. Hydrogen Peroxide Cartel. Disponível em: <<https://www.carteldamageclaims.com/competition-law-damage-claims/hydrogen-peroxide-cartel/>>. Acesso em: 8 de novembro de 2016.

_____. Sodium Chlorate Cartel. Disponível em: <<https://www.carteldamageclaims.com/unsere-falle/natriumchlorat/>>. Acesso em 7 de junho de 2018.

CARVALHO, Livia Cristina Lavandeira Gândara de. Responsabilidade civil concorrencial: a busca pela efetiva reparação de danos. Monografia. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2011.

CASAGRANDE, Paulo Leonardo; PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva. Direito concorrencial. Coordenador Fernando Herren Aguillar. São Paulo: Saraiva, 2016.

CASELTA, Daniel Costa. A arbitragem e o direito da concorrência. *In*: A livre concorrência e os tribunais brasileiros: análise crítica dos julgados no Poder Judiciário envolvendo matéria concorrencial. Coordenação: Bruno de Luca Drago e Bruno Lanna Peixoto. São Paulo: Singular, 2018, p. 153-170.

_____. Responsabilidade civil por danos decorrentes da prática de cartel. São Paulo: Singular, 2016.

CAVALIERI FILHO, Sergio. Programa de responsabilidade civil. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

COMISSÃO EUROPEIA, COMP/F/C.38.620, julgado em 3 de maio de 2006, publicado em 13 de dezembro de 2006.

_____. Directive on Antitrust Damages Actions. Disponível em: <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/directive_en.html>. Acesso em: 30 de junho de 2017.

DANTAS, Yane Pitangueira. A Arbitragem como Meio Alternativo na Resolução de Demandas Indenizatórias Decorrentes da Prática de Cartéis e a Minuta de Resolução do CADE submetida à Consulta Pública 05/2016. Revista de Defesa da Concorrência, vol. 5, nº 1, maio de 2017, p. 231-246. Disponível em: <<http://revista.cade.gov.br/index.php/revistadedefesadaconcorrenca/article/view/321>>. Acesso em 27 de julho de 2017.

DAVOLA, Antonio. Empowering consumers through competition: A study on the creation of a European antitrust claims market. Revista de Concorrência e Regulação, n. 22, abril/junho 2015, p. 197-212.

DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro, volume 2: teoria geral das obrigações. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. Curso de direito civil brasileiro, volume 3: teoria das obrigações contratuais e extracontratuais. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

____. Curso de direito civil brasileiro, volume 7: responsabilidade civil. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Curso de direito civil. vol.2. 9. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2015.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. Direito da Concorrência e *Enforcement* Privado na Legislação Brasileira. Revista de Defesa da Concorrência, n. 2, nov. 2013, p. 11-31.

FORGIONI, Paula A. Os fundamentos do antitruste. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

FRANCISCO, André Marques. Responsabilidade civil por infração da ordem econômica. Dissertação de Mestrado. Universidade de São Paulo. São Paulo, 2014.

FRAZÃO, Ana. Direito da concorrência: pressupostos e perspectivas. São Paulo: Saraiva, 2017.

____. Pressupostos da responsabilidade civil na atualidade: um exame a partir do direito comparado. Revista do Tribunal Superior do Trabalho, vol. 77, n. 4, out/dez 2011, p. 17- 43.

GABBAY, Daniel Monteiro; PASTORE, Ricardo Ferreira. Arbitragem e outros meios de solução de conflitos em demandas indenizatórias na área de direito da concorrência. Revista Brasileira de Arbitragem, n. 43, 2014, p. 7-32.

GICO JUNIOR, Ivo Teixeira. Cartel: teoria unificada da colusão. São Paulo: Lex Editora, 2007.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro, volume 2: teoria geral das obrigações. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Responsabilidade Civil. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

LOBO, Carlos Augusto da Silveira; NEW, Rafael de Moura Rangel; PONTE, Daniel Ferreira da. Cessão de uma carteira de créditos litigiosos. Cessão de crédito, cessão de posição contratual e promessa de liberação. Revista de Direito Bancário e dos Mercado de Capitais, v. 17, n. 63, jan./mar. 2014, p. 219-244.

MACEDO, Alexandre Cordeiro. Multa esperada, TCC e segurança jurídica. JOTA, 27 de junho de 2017. Disponível em: < https://jota.info/colunas/doutrina-antitruste/multa-esperada-tcc-e-seguranca-juridica-27062017#_edn4>. Acesso em: 26 de outubro de 2017.

MAGGI, Bruno Oliveira. O Cartel e seus Efeitos no Âmbito da Responsabilidade Civil, Dissertação de Mestrado, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2010.

MARTINS, Frederico Bastos Pinheiro. Obstáculos às ações privadas de reparação de danos decorrentes de cartéis. Dissertação de Mestrado. Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2017.

____. Private enforcement de cartéis no Brasil: o problema de acesso à prova. Revista de Defesa da Concorrência, vol. 6, nº 1, maio de 2018, p. 55-86.

MENDONÇA, Nayara; VERÍSSIMO, Levi Borges de Oliveira. A competência do Poder Judiciário na análise de demandas concorrenciais autônomas (ações *stand alone*). In: A livre concorrência e os tribunais brasileiros: análise crítica dos julgados no Poder Judiciário envolvendo matéria concorrencial. Coordenação: Bruno de Luca Drago e Bruno Lanna Peixoto. São Paulo: Singular, 2018, p. 195-210.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual de direito processual civil – volume único. 8. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2016.

OLIVEIRA, Gesner; RODAS, João Grandino. Direito e economia da concorrência. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. Recommendation of the Council concerning effective action against hard core cartels. 1998. Disponível em: < <https://www.oecd.org/daf/competition/2350130.pdf> >. Acesso em 6 de junho de 2018.

_____. Relationship Between Public and Private Antitrust Enforcement. 2015. Disponível em [http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/WP3/WD\(2015\)23&docLanguage=En](http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/WP3/WD(2015)23&docLanguage=En). Acesso em 6 de junho de 2018.

PEIXOTO, Bruno Lanna; ROSA, Renato Xavier da Silveira; SILVA, Ludmilla Martins da. Ações reparatórias por danos concorrenciais: termo inicial do prazo prescricional. In: A livre concorrência e os tribunais brasileiros: análise crítica dos julgados no Poder Judiciário envolvendo matéria concorrencial. Coordenação: Bruno de Luca Drago e Bruno Lanna Peixoto. São Paulo: Singular, 2018, p. 61-74.

PEIXOTO, Bruno Lanna; SILVA, Ludmilla Martins da. Recovery Actions for Cartel Damages: State of Affairs and Challenges for the Next Five Years. In: Brazilian Antitrust Law (Law N° 12,529/11): 5 years. IBRAC, 2017, p. 279 - 280.

PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. Defesa da Concorrência e Bem-Estar do Consumidor. Tese de Doutorado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2010.

PORTO, Giovana Vieira. A cessão de crédito devido por ressarcimento ao dano material oriundo de cartel: um novo *business*? Revista de Defesa da Concorrência. vol. 5. n. 2, 2017, p. 131-162.

_____. As ações ajuizadas com pedido de indenização por dano de cartel: uma análise empírica do estado da arte no Brasil (no prelo). Revista do IBRAC, 2018.

SALOMÃO FILHO, Calixto. Direito Concorrencial – As condutas. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

SAVOV, Vasil. Quel rôle du regroupement de créances indemnitaires par voie de cession pour la réparation du préjudice subi en raison d'infractions commises au droit de la concurrence? Revista de Concorrência e Regulação, n. 22, abril/junho 2015, p. 213-224.

SEPRAC. Cálculo de danos em cartéis. Guia prática para o cálculo do sobrepreço em ações de reparação de danos. Maio de 2018.

STJ, Recurso Especial nº 1.554.986/SP, Relator Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 8 de março de 2016, publicado em 5 de abril de 2016.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Código de Processo Civil anotado. Colaboradores, Humberto Theodoro Neto, Adriana Mandim Theodoro de Mello, Ana Vitoria Mandim Theodoro. 21. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

TJMG, Apelação Cível nº 9848158-78.2006.8.13.0024, Relatora Desembargadora Mariza Porto, 11ª Câmara Cível, julgado em 29 de junho de 2016, publicado em 6 de julho de 2016.

TJRS, Agravo de Instrumento nº 0475465-52.2014.8.21.7000, Relator Desembargador Voltaire de Lima Moraes, Décima Nona Câmara Cível, julgado em 19 de março de 2015, publicado em 25 de março de 2015.

TJSP, Agravo de Instrumento nº 2066435-97.2015.8.26.0000, Relator Desembargador Sergio Alfieri, 27ª Câmara de Direito Privado, julgado em 15 de setembro de 2015, publicado em 16 de setembro de 2015.

____. Agravo de Instrumento nº 2075742-75.2015.8.26.0000, Relator Desembargador Sergio Alfieri, 27ª Câmara de Direito Privado, julgado em 25 de agosto de 2015, publicado em 26 de agosto de 2015.

____. Apelação Cível nº 0030899-82.2004.8.26.0602, Relator Desembargador Campos Petroni, 27ª Câmara de Direito Privado, julgado em 9 de dezembro de 2014, publicado em 9 de dezembro de 2014.

____. Apelação Cível nº 0130316-15.2011.8.26.0100, Relatora Desembargadora Maria de Lourdes Lopez Gil, 32ª Câmara de Direito Privado, julgado em 22 de junho de 2017, publicado em 23 de junho de 2017.

VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2013.